

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Georges Abboud

Sentenças interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante: alcance e limites dos efeitos vinculante e *erga omnes na jurisdição constitucional*

Mestrado em Direito

São Paulo

2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Georges Abboud

Sentenças interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante: alcance e limites dos efeitos vinculante e *erga omnes na jurisdição constitucional*

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Dr. Nelson Nery Junior.

São Paulo

2009

Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a meus pais Joseph Abboud e Linar Abboud. Porque se hoje posso dizer que os amo, é porque fui dignificado pelo seu amor. Sem eles nunca teria aprendido que amar o próximo como se ama a si próprio é o ato de origem e fundação da humanidade.

AGRADECIMENTOS.

Com apreço, agradeço ao mestre Nelson Nery Junior - tal como Rainer Maria Rilke ensinou, *quem admira acha-se admirando cada vez mais*, esse é o sentimento de todo aluno que tem o privilégio de ser seu orientando. Ao prof. Nery ainda agradeço a disponibilização de seu fabuloso acervo bibliográfico para a elaboração do mestrado, bem como sua imprescindível ajuda na citação das obras alemãs no corpo da pesquisa.

Agradeço a minha irmã, Marcella Abboud, que carrega em si um poeta que só faz soar a alegria em minha vida.

Ao Ricardo Denadai, amigo e irmão que me privilegia com sua amizade a qual espero cultivar por toda a vida.

Ao Henrique Garbellini (Puc-SP), pela longa amizade e também pela convivência no maior período do mestrado e pelos valiosos apontamentos durante a realização da pesquisa.

Ao brilhante Rafael Tomaz de Oliveira (Unisinos-RS), voz oculta no corpo desta pesquisa, sem a qual o primeiro capítulo do trabalho não teria sido escrito.

Ao estimado Edson K. Nacata Jr. (Usp), pela valiosa amizade cultivada desde o início da graduação.

A minha namorada Camila Arcangelo, pela compreensão e paciência durante o mestrado e também pelo valioso auxílio com as obras redigidas em italiano.

Agradeço ainda às queridas amigas Ana Luiza Nery e Carmen Lígia Nery, agradecimento que estendo ao estimado Alexandre Raslan, sem dúvida o amigo com quem convivi os momentos mais divertidos no mestrado.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo examinar os principais aspectos processuais relacionados à decisão de inconstitucionalidade. Assim, serão analisados os seguintes institutos: coisa julgada, efeito *erga omnes* e efeito vinculante. Todos eles serão explicados e confrontados com os efeitos existentes no direito comparado. Após identificarmos esses efeitos e demonstrarmos suas diferenças, passaremos a examinar como eles incidem na tipologia das decisões de inconstitucionalidade. Desse modo, abordaremos as decisões interpretativas, manipulativas e limitativas. Por fim, examinaremos o recente instituto das súmulas vinculantes, demonstrando quais são suas semelhanças e diferenças em relação às decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade.

Palavras-chave: jurisdição constitucional, decisão de inconstitucionalidade, súmula vinculante, coisa julgada e efeito vinculante.

ABSTRACT

The present work aims to examine the principle procedural aspects related to the unconstitutional decision. Thus, the following institutes will be explained: claim preclusion (*res judicata*), *erga omnes* effect and binding effect. All of them will be explained and compared with the similar effects of the comparative law. After identifying these effects and demonstrating their differences, we will examine how they affect the different types of unconstitutional decisions. Therefore, the interpretative, manipulative and restrictive decisions will be discussed. Finally, we will examine the recent institute of abridgment of law, showing what the similarities and differences in relation to the decisions in the concentrated control of constitutionality.

Keywords: constitutional jurisdiction, unconstitutional decision, abridgment of law, claim preclusion and binding effect.

Em qualquer lugar e em qualquer amplitude em que a pesquisa explore o ente, em parte alguma, encontra ela o ser

(Martin Heidegger)

O mistério da linguagem é a sua abertura

(Hans-Georg Gadamer)

SUMÁRIO

Introdução.....	12
Capítulo 1. Concepção pós-positivista da sentença.....	14
1.1 O século XX e o problema do fundamento: as bases para o giro lingüístico-hermenêutico na filosofia e seu espalhamento no direito.....	15
1.2 Sentença como ato concretizador. Superação do conceito de sentença como silogismo.....	22
1.3 Distinção entre texto normativo (enunciado) e norma.....	23
1.4 Interpretação como ato produtivo. As alterações introduzidas pela aplicatio gadameriana na interpretação jurídica.....	26
1.5 Crítica e superação da sentença como silogismo.....	28
1.6 A oposicionalidade como elemento fundamental da norma jurídica.....	34
1.7 Direito material vs direito processual. Dualismo vs monismo. Superação da dicotomia diante do círculo hermenêutico.....	45
Capítulo 2. Efeitos da decisão de inconstitucionalidade.....	51
2.1 Processo constitucional. Natureza.....	51
2.2 Conceito de sentença e coisa julgada no direito processual.....	56
2.3 Sentença constitucional como categoria triédica. Sentença como atividade interpretativa e integradora do direito.....	62
2.4 Princípios informadores da sentença constitucional.....	64
2.4.1 Princípio da congruência.....	65
2.4.2 Princípio da motivação.....	68
2.4.3 Princípio da colegialidade e publicidade.....	70
2.4.4 Princípio da igualdade.....	70
2.5 Coisa julgada.....	71
2.5.1 Conceito.....	71
2.5.2 Coisa julgada no processo constitucional. A necessidade de novo paradigma.....	74
2.5.3 Coisa julgada, efeito erga omnes e a força de lei (Gesetzeskraft).....	76
2.6 Efeito vinculante.....	81
2.6.1 Alcance. Motivos determinantes da sentença.....	92
2.6.2 Vinculação do legislador.....	101
2.6.3 Vinculação do próprio STF às suas decisões.....	110
Capítulo 3. Tipologia das decisões de inconstitucionalidade.....	123

3.1 A necessidade de superação da posição kelseniana sobre o STF como legislador negativo.....	124
3.2 A decisão declaratória de constitucionalidade.....	131
3.3 As sentenças interpretativas.....	139
3.3.1 A distinção entre interpretação conforme à Constituição e arguição de nulidade sem redução de texto.....	139
3.3.2 As sentenças interpretativas e desnecessidade de aplicação do incidente de inconstitucionalidade, full bench da CF 97.....	143
3.3.3 A sentença interpretativa de rejeição (interpretação conforme a Constituição.....	148
3.3.4 A sentença interpretativa de aceitação - arguição de nulidade sem redução de texto.....	159
3.4 As sentenças manipulativas.....	164
3.4.1 Sentenças aditivas.....	164
3.4.1.1 A decisão de inconstitucionalidade com indireta produção da norma constitucional (sentenças redutoras).....	165
3.4.1.2 As sentenças aditivas em sentido estrito.....	166
3.4.2 As sentenças substitutivas.....	170
3.4.3 As decisões manipulativas do STF.....	172
3.4.4 Balanço crítico a respeito da possibilidade de utilização das sentenças manipulativas na Jurisdição Constitucional Brasileira.....	184
3.4.5 A decisão de inconstitucionalidade com pronúncia de normatividade (Mandado de Injunção).....	195
3.5 As sentenças limitativas. A modulação de efeitos na decisão de inconstitucionalidade.....	202
3.5.1 Efeitos <i>ex nunc</i>	203
3.5.1.1 Inexistência de discricionariedade na modulação de efeitos..	206
3.5.1.2. Segurança jurídica. Decisões contrárias à jurisprudência. inconstitucionalidade superveniente.....	208
3.5.1.3 Preservação da boa-fé objetiva. Hipóteses em que a modulação é vedada. Favorecimento do cidadão no âmbito penal e tributário.....	213
3.5.2 Efeitos pro futuro. Preservação do interesse social.....	220
Capítulo 4. Súmula vinculante. Controle difuso de constitucionalidade.....	225
4.1 Súmula vinculante. Instrumento refratário ao acesso hermenêutico ao direito....	225
4.2 A súmula vinculante distinção em relação aos precedentes da common Law....	229
4.2.1 Distinção quanto ao modo de aplicação.....	231

4.2.2. Distinção quanto ao alcance.....	232
4.2.3 Distinção quanto à teleologia.....	236
4.2.4 Distinção quanto ao âmbito de vinculação.....	239
4.3 A súmula vinculante e sua similaridade com os assentos portugueses: ambos prescrições de natureza legislativa.....	240
4.4 Súmula vinculante: seu controle difuso de constitucionalidade e a leitura constitucionalmente adequada da CF 103-A § 3.º.....	243
4.4.1 Precedente histórico Le Tribunal de Cassation da Revolução Francesa.....	244
4.5 A necessidade de controle difuso de constitucionalidade da súmula vinculante enquanto instrumento de natureza legislativa, sua relação com o direito de ação (CF 5.º XXXV).....	246
4.6 A leitura constitucionalmente adequada da CF 103–A § 3.º por meio da interpretação sistemática dos princípios constitucionais da proporcionalidade, razoabilidade, primazia da lei e independência decisória dos juízes.....	251
Capítulo 5. A coisa julgada diante da declaração de inconstitucionalidade da lei.....	258
5.1 O efeito retroativo a intangibilidade da coisa julgada.....	258
5.2 A coisa julgada ainda não executada. A (in) constitucionalidade do CPC 475-L § 1.º e 741 par. ún.....	262
5.3. Risco da coisa julgada para o Estado Democrático de Direito. Teoria condutora ao Estado de Exceção.....	269
Conclusão geral.....	276
Conclusões específicas.....	279
Bibliografia consultada.....	293

Introdução.

A presente pesquisa tem o intuito de examinar as principais decisões de provimento oriundas do controle abstrato de constitucionalidade, mediante um enfoque nitidamente processual¹. O processo concentrado de controle de constitucionalidade, ainda que objetivo, tutela primariamente um interesse difuso; desse modo, o trabalho busca examinar os institutos e aspectos processuais desse processo: a sentença constitucional e sua respectiva coisa julgada.

No decorrer dessa análise serão estudados a legitimidade, alcance e limites do efeito vinculante, tanto o proveniente das sentenças constitucionais quanto o da súmula vinculante, com o intuito de esquematizar a relação do Supremo Tribunal Federal com os demais órgãos jurisdicionais.

O primeiro capítulo da pesquisa dedicar-se-á a estabelecer o paradigma metódico da dissertação, qual seja, o pós-positivista. Em sendo pós-positivista o pano de fundo teórico da pesquisa, faz-se necessário explicitar a necessidade de uma concepção pós-positivista de sentença e também de norma mediante um acesso hermenêutico ao direito. Acesso ao qual o pensamento jurídico dominante mantém-se refratário. É a aceção pós-positivista que permite a necessária distinção entre texto normativo e norma a fim de permitir a sistematização dos efeitos oriundos do controle abstrato de constitucionalidade, bem como a pronúncia das sentenças interpretativas e manipulativas.

Os objetivos gerais da pesquisa podem ser sistematizados em três vertentes. O primeiro consiste na análise das principais sentenças de

¹ A formatação metodológica adotada no trabalho foi sugerida pelo orientador, com objetivo de facilitar a leitura dos integrantes da banca examinadora. A primeira referência da obra é feita de modo completo, incluindo todos os dados. As seguintes contêm apenas a referência do autor e do título da obra. O V. (ver) e o Cf. (confira) são utilizados mesmo quando as informações, argumentos ou raciocínios desenvolvidos nas obras citadas surgem noutra contexto e só indiretamente se apresentam relevantes para o posicionamento adotado na dissertação. Em relação às citações de direito comparado, a citação apenas será feita no vernáculo original quando for imprescindível a literalidade do texto citado para a devida compreensão do argumento, ou quando texto tiver sido citado in verbis.

provimento oriundas do controle abstrato de constitucionalidade. Esse exame está contido nos capítulos 2 e 3.

No segundo capítulo serão estudados os efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Para a análise dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, primeiramente será abordada e estruturada sua principiologia e em seguida os principais institutos processuais da pesquisa, quais sejam, a coisa julgada e seus efeitos *erga omnes* e vinculante, os quais serão considerados efeitos independentes que podem ser agregados ao dispositivo da sentença constitucional. Ainda serão enfrentadas as principais polêmicas em torno do efeito vinculante, que seria seu possível alcance sobre os motivos determinantes da sentença, bem como a vinculação do legislativo e do STF às suas próprias decisões.

O terceiro capítulo da pesquisa consiste no exame propriamente dito das sentenças interpretativas, manipulativas e limitativas bem como todas as polêmicas que suscitam principalmente no que diz respeito à possível invasão de competência do Legislativo por parte do Supremo.

O quarto capítulo consiste em examinar a súmula vinculante, apontando suas diferenças em relação aos precedentes da *common Law*, a fim desenvolver a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade da súmula vinculante, para que seu efeito vinculante possa coexistir com o princípio da independência decisória dos juízes.

O último capítulo dedicar-se-á a esquadrihar a posição do caso julgado diante da declaração de inconstitucionalidade em abstrato, merecendo especial destaque o CPC 475-L § 1.º e 741 par. ún. Nessa parte também serão objeto de nossa análise as polêmicas provenientes das teorizações acerca da coisa julgada, juntamente com a responsabilidade do Estado, em razão da formação de caso julgado com base em lei declarada inconstitucional em abstrato.

Capítulo 1. Concepção pós-positivista da sentença.

Neste primeiro capítulo da pesquisa buscar-se-á estruturar uma nova concepção para a sentença com base na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer a fim de demonstrar anacronismos teóricos que permeiam o direito processual no estudo da sentença.

Não se trata de utilizar a filosofia para resolver os problemas jurídicos, mas, sim, para explicitá-los também não se introduz o discurso filosófico de maneira a colonizar o discurso jurídico, ao contrário, far-se-á a junção de ambos, principalmente, com a obra de Gadamer no aspecto filosófico e a obra de Friedrich Müller na seara jurídica.

Neste início da pesquisa serão estabelecidas as premissas metodológicas do trabalho. A decisão de inconstitucionalidade com os contornos que estudaremos tem seu nascedouro e desenvolvimento no movimento do chamado *neoconstitucionalismo*.

Para diversos autores, o *neoconstitucionalismo* desenvolve-se sob o paradigma pós-positivista, que por sua vez se estrutura sob a base do giro lingüístico conforme demonstraremos adiante. Ocorre que, para uma teoria jurídica desenvolver-se sob as bases de um paradigma pós-positivista, faz-se necessário elaborar-se juntamente uma concepção pós-positivista de norma que a distinga do texto normativo, o que, por sua vez, implica a necessidade de uma estruturação pós-positivista de sentença não mais vista como um processo de subsunção. Não se pode considerar determinada teorização como pós-positivista se esta ainda empregar um conceito de norma de caráter semântico que se confunde com o texto normativo pertencente ao paradigma positivista.

Estendemos esse raciocínio para a questão da sentença. Se um paradigma jurídico apenas pode ser considerado pós-positivista caso trabalhe com um novo conceito de norma, no âmbito do direito processual constitucional somente será possível instrumentalizar esse novo conceito de norma a partir de um conceito pós-positivista de sentença. A sentença nesse conceito pós-

positivista deixa de ser um ato silogístico, a decisão judicial deixa de ser uma ficção em que se aplica mecanicamente uma premissa maior na solução do caso.

Somente com a elaboração de um conceito pós-positivista de sentença os elementos inovadores da hermenêutica poderão ser introduzidos no discurso jurídico e na aplicação judicial, e este primeiro capítulo da pesquisa tem o escopo de fixar as diretrizes necessárias para a construção dessas premissas, sistematizando-as com base em Hans-Georg Gadamer, Friedrich Müller e Günter Figal, as acepções pós-positivistas de sentença e norma.

1.1 O século XX e o problema do fundamento: as bases para o giro lingüístico-hermenêutico na filosofia e seu espalhamento no direito

A primeira metade do século XX produziu revoluções importantes para a filosofia e para o direito. No campo da filosofia, apresentaram-se na linha de frente os problemas de um conceito absoluto de verdade e sua conseqüente implicação na questão do fundamento. Também o problema do método – como fórmula acabada para a revelação da verdade – aparecia no contexto deste cenário filosófico. Já no âmbito do pensamento jurídico, é também nessa época que surgem as principais teorias do direito no âmbito daquilo que se consagrou como positivismo jurídico. Nosso objetivo, neste tópico preparatório, é mostrar como essas revoluções irão se cruzar e em que sentido as respostas positivistas para ambos os problemas levantados são insuficientes para o enfrentamento da questão da sentença como ato de positivação máximo da ordem jurídica.

O problema do fundamento e do conceito de verdade estão implicados: ou seja, de acordo como o conceito de verdade que se professa, há uma posição acerca do fundamento. A tradição filosófica cunhou dois tipos de conceito de verdade. O primeiro, chamado *correspondencial*, é aquele que acredita ser a verdade o produto da correspondência da coisa ao intelecto. Esse é o paradigma predominante na antiguidade clássica e na filosofia medieval (também chamado paradigma da adequação ou objetivista); na modernidade,

com a revolução copernicana operada por Kant, tem-se a consagração de um novo conceito de verdade. Nesse novo conceito, a verdade passa a ser uma construção subjetiva do sujeito cognoscente, possibilitando-se falar em um conceito subjetivista de verdade. Dito de outro modo, a questão do fundamento repousa numa dimensão objetivista num primeiro momento e subjetivista no segundo².

Na tentativa de resolver o problema do fundamento – apontado sempre de maneira absoluta ou na coisa objeto do conhecimento ou do sujeito

² A crise do fundamento é devidamente descrita por Ernildo STEIN da seguinte forma: “desde a crise do fundamento da metafísica ocidental, partiu-se a unidade do saber humano. Rompeu-se a concepção unitária da verdade, uma vez perdido seu fundamento ontoteológico que possibilitava a definição da verdade como *adequatio*: verdade é a adequação entre a inteligência e a coisa. Tendo a subjetividade tomado o lugar de Deus como fundamento, e tendo ela eliminado o modelo divino do conhecimento humano, a definição da verdade como adequação torna-se impossível; se ela subsiste, ainda por muitos séculos, isto acontece graças a um formalismo que ignora seu próprio vazio. É deste vazio que pode nascer o niilismo. Niilismo que se entende estritamente como ausência de fundamento. A ausência de fundamento se desenvolve nas ciências exatas como matematização (formalização) da natureza. A afirmação de que o livro da natureza está escrito em números estabelece, como fundamento, uma hipótese a partir da qual se constrói todo o progresso das ciências e da técnica. A ausência de fundamento da praxis se desenvolve na idéia de progresso indefinido e se estabelece como tecnocracia. A ausência de fundamento na filosofia se inaugura com a subjetividade e se desenvolve como filosofia transcendental. É através da filosofia transcendental que se mantém a ausência de fundamento para a verdade: ela deixará de ser adequação com o real. Na ciência, na praxis, bem como na filosofia, verdade será construção. É por isso que se introduz, nas três áreas, o niilismo, isto é a perda do fundamento. A verdade (formalização) nas ciências, a verdade (tecnocracia) na praxis e a verdade (transcendentalidade) na filosofia, tornam-se três áreas interligadas, pois sua fonte é a mesma: a subjetividade (...). Neste quadro, a busca da verdade pode ser realizada somente como tarefa. Perdemos a convicção de que ela nos foi dada como um todo. Ou ao menos estamos certos de que, se o foi, perdêmo-la para sempre. Entretanto, a filosofia, em caso de renúncia ao compromisso com a verdade, em caso de rejeição da responsabilidade pela verdade como um todo, elimina-se a si mesma. É por isso que ela deve, lembrando a palavra do poeta, assumir a tarefa da verdade: ‘Ali onde está o perigo, cresce também a salvação’. O niilismo, a perda do fundamento, pode constituir-se no momento privilegiado de interrogação pela verdade. Perdido o fundamento ontoteológico, a busca da verdade torna-se uma tarefa da finitude e na finitude. Esta finitude se impõe, tanto na ciência como na práxis. Na era do niilismo, a filosofia se compreende como ontologia da finitude. Poderá uma ontologia da finitude assumir a tarefa da verdade? Se o fizer, introduzirá, certamente, em lugar da posse absoluta, a dinâmica do provisório, onde estarão em jogo recíproco a verdade e a não-verdade. Na dinâmica do provisório, domina a ambivalência e a historicidade. Negativamente, portanto, a filosofia está situada diante do niilismo. Positivamente, a única saída possível é uma filosofia da finitude. Se a filosofia quiser assumir a tarefa da verdade, ela não pode fugir do confronto com o niilismo, isto é, com a ausência de fundamento que se manifesta nas ciências, na práxis e na filosofia. É preciso que se penetre na situação concreta destas três áreas e que se revele plenamente, em cada uma delas, a presença do niilismo. Somente assim se compreenderá por que, em nossos dias, o único caminho, para a filosofia levar a sério a tarefa da verdade, é uma filosofia da finitude”. Ernildo STEIN. *Melancolia: ensaios sobre a finitude no pensamento ocidental*. Porto Alegre: Editora Movimento, 1976. pp. 102/104. Sobre o problema do fundamento v. Martin HEIDEGGER. Sobre a essência do fundamento, In: *Conferências e escritos filosóficos*. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 2005, pp. 115/120; pp. 139/148.

que conhece – a filosofia no século XX procede àquilo que ficou conhecido como *giro-linguístico*³. Neste caso, a questão do fundamento fica deslocada para uma estrutura constituidora de mundo que é a linguagem. Portanto, não se trata mais de perguntar pela “essência” das coisas ou tampouco por aquilo que o sujeito tem certeza de que sabe (no caso do conceito subjetivista), mas, sim, perguntar pelas condições de acesso ao universo simbólico e significativo produzido pela linguagem. Isso aparece com muita clareza no seguinte ensinamento de Gadamer: “a linguagem não se posiciona ao lado da arte, do direito e da religião, mas representa o *médium* sustentador de todos esses fenômenos⁴”.

Diante disso, as teorias do direito (de Kelsen a Hart) entraram nos trilhos desse giro-linguístico operado pela filosofia. De alguma forma, toda teoria do direito produzida no século XX parte do pressuposto inexorável de que a análise da linguagem – entendida como instância onde se produzem significados e o sentido – é o ponto decisivo para a compreensão do fenômeno jurídico. Nessa medida manifesta-se Castanheira Neves ao dispor que: “o direito é linguagem, e terá de ser considerado em tudo e por tudo como uma linguagem. O que quer que seja e como quer que seja, o que quer que ele se proponha e como quer que nos toque, o direito é-o numa linguagem e como linguagem – propõe-se sê-lo numa linguagem⁵”.

Ocorre que o giro-linguístico apenas não se mostrou suficiente para responder aos problemas da verdade e do fundamento, no âmbito da filosofia, e isso produziu efeitos indesejados no campo das teorias do direito. Ora,

³ Sobre o giro linguístico, ou reviravolta linguística, afirma Manfredo ARAÚJO DE OLIVEIRA: “Pouco a pouco se tornou claro que se tratava, no caso da ‘reviravolta linguística’ (*linguistic turn*) de um novo paradigma para a filosofia enquanto tal, o que significa dizer que a linguagem passa de objeto da reflexão filosófica para a ‘esfera dos fundamentos’ de todo pensar, e a filosofia da linguagem passa a poder levantar a pretensão de ser a ‘filosofia primeira’ à altura do nível de consciência crítica de nossos dias” (*Reviravolta Linguístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. 2.ed. São Paulo: Loyola, 2001, pp. 12/13). No âmbito do direito são significativas as palavras de Castanheira Neves, para quem “o direito é linguagem, e terá de ser considerado em tudo e por tudo e por tudo como uma linguagem. O que quer que seja e como quer que seja, o que quer que ele se proponha e como quer que nos toque, o direito é-o numa linguagem e como linguagem – propõem-se sê-lo numa linguagem (nas significações linguísticas em que se constitui e exprime) e atinge-nos através dessa linguagem, que é” (*Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 90).

⁴ Hans-Georg GADAMER. *Verdade e Método*. 2.ed. v. II. Rio de Janeiro: Vozes, 2004, p. 89.

⁵ Antonio CASTANHEIRA NEVES. *Metodologia Jurídica*, p. 90.

como mostrou Heidegger, não é apenas reconhecendo o papel primevo desempenhado pela linguagem na produção do conhecimento que se resolvem as perguntas pelo fundamento e pela verdade⁶. Isso porque o enunciado (no caso do direito os textos normativos – responsáveis pela determinação do significado) esgota-se no nível raso da relação sujeito-objeto, deixando abertas as portas para o relativismo. Isso aparece muito claramente em teorias do direito como aquela desenvolvida por Hans Kelsen⁷. Note-se como Kelsen está preocupado apenas com a coerência lógica dos enunciados que compõem a ciência do direito⁸, a interpretação desenvolvida no nível da sentença não lhe aparece como um verdadeiro problema, deixando para um segundo plano qual o verdadeiro resultado que deveria por ela ser produzido. Isso fica muito evidente na crítica de Müller: “a teoria pura do direito não pode dar nenhuma contribuição para uma teoria aproveitável da interpretação. Kelsen deixa expressamente em aberto como a ‘vontade da norma’ deve ser concretamente determinada no caso de um sentido da norma linguisticamente não unívoco⁹”. Assim, autores como Heidegger e Gadamer, além de um giro-lingüístico – conforme descrito em linhas anteriores –, efetuam também um giro hermenêutico-ontológico¹⁰. Portanto, para uma melhor

⁶ Neste sentido Cf. Martin HEIDEGGER. *Ser y Tiempo*. Tradução Jorge Eduardo Rivera. Madrid: Trotta, 2003, especialmente § 44, b, pp. 239/246.

⁷ Cf. Hans KELSEN. *Teoria Pura do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006, mormente os capítulos I e VIII;

⁸ Frise-se que em KELSEN há uma operação epistemológica que cinde – em dois níveis linguísticos distintos – sua abordagem sobre o direito: há o nível do Direito e há o nível da Ciência do Direito: no primeiro nível, tem-se o direito enquanto obra da vontade dos diversos atores jurídicos. Este nível produz a assim chamada linguagem objeto; já no segundo nível, onde se constrói uma metalinguagem, os enunciados produzidos pelos atores jurídicos são reduzidos a fórmulas lógicas que possibilitarão a redução dos paradoxos que emergem desta atuação, sendo esta, exclusivamente, a função da Ciência do Direito (Para uma análise crítica detalhada Cf. Rafael Tomaz de OLIVEIRA. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 117/120, especialmente p. 118).

⁹ Friedrich MÜLLER. *O novo paradigma do direito*. São Paulo: RT, 2007, p. 51.

¹⁰ Trata-se da grande revolução – a mais decisiva pelo menos – que Martin HEIDEGGER legou para a filosofia. Para HEIDEGGER a Metafísica relegou a um plano ôntico um problema que é necessariamente ontológico, isto é, investigou objetivando o *ente* algo que pertence à esfera do *ser*. Mas isso se deu de diversas maneiras e de nenhuma delas pode-se dizer que estavam erradas. Há equívocos, mal-entendidos, que levam a metafísica a pensar o *ente* em vez do *ser*. Também isso não quer dizer que inexistiu um sentido do *ser* em toda a história da Metafísica. O que o filósofo percebe a partir de sua intuição fundamental é que a compreensão do *ser* é algo inerente à condição humana, que desde sempre nos acompanha, ainda que dela não necessariamente estejamos conscientes. Há um vínculo necessário entre homem e *ser*, na medida em que para mencionar algo, é preciso dizer que esse algo é. *E esse vínculo a Metafísica não*

solução do problema do fundamento, linguagem e compreensão são fatores que estão coimplicados, numa estrutura circular própria daquilo que se chama círculo hermenêutico¹¹.

pensou. Ora, quem diz o *é do ser* é este ente chamado homem, ser humano e que em HEIDEGGER responde pelo termo alemão *Dasein*. Portanto, toda problemática ontológica (a pergunta pelo sentido do ser) passa pela compreensão deste ente que pode dizer *é* porque compreende o *ser*. Assim surge o que o filósofo denomina *ontologia fundamental*. É ela fundamental por possibilitar todas as demais ontologias. Na ontologia fundamental, através da *analítica existencial*, compreendem-se as estruturas do ente que, existindo, compreende o ser. O *Dasein* existe porque compreende o *ser* e, compreendendo o ser se compreende, lançando-se para adiante de si mesmo. *Quando se diz: processo é instrumento, há toda uma estrutura de sentido que se antecipa e possibilita dizê-lo. Esse sentido é o ser e compreendê-lo passa ser a tarefa fundamental da ontologia*. HEIDEGGER se movimenta, portanto, numa dimensão profunda que é a da própria existência do humano. Como o *Ser-aí (Dasein)* é o único ente que existe – os demais entes intramundanos subsistem –, a ontologia fundamental, que é condição de possibilidade de todas as demais ontologias, receberá a forma de uma *analítica existencial*, porque pretende compreender, fenomenologicamente, as estruturas deste ente que existe. Essa a revolução: toda a tradição anterior pensou a ontologia fora do homem. Era uma *ontologia da coisa*, de essências, de objetos, portanto uma ontologia que, paradoxalmente, se dirigia ao *ente* e não ao *ser*. HEIDEGGER desloca o homem para dentro da ontologia incluindo o seu modo-de-ser na problemática ontológica e transforma a reflexão filosófica em uma *ontologia da compreensão*. Portanto, na ontologia fundamental procura-se constituir um horizonte a partir do qual se possa pensar o *ser enquanto ser*, em vez do *ente, enquanto ente* que caracterizava a ontologia desde Aristóteles. Diante da ontologia fundamental, importa pensar a diferença que existe entre *ente* e *ser*; uma diferença constituidora de sentido na qual desde sempre nos movemos ainda que dela não tenhamos nos dado conta: a *diferença ontológica*. Conforme esclarece STEIN, há dois níveis que, desde Aristóteles, estão consagrados na ontologia: “o nível do *ente enquanto ente* e o nível do *ser do ente*. A tradição metafísica aborda esses níveis de maneira objetivística. Ela trata os dois níveis como objetos a serem conhecidos. Os diversos autores, até a Idade Média, dão formas várias ao conhecimento deste objeto, mas sempre se examina o modo como são conhecidos, mas não se pergunta por que eles não são questionados enquanto são condições de possibilidade, razão pela qual Aristóteles permanece nos dois níveis. Quando HEIDEGGER introduz um ente privilegiado, o *Dasein*, aparece outro nível de problematização do ser. O ser não se dá isolado como objeto a ser conhecido, mas ele faz parte da condição essencial do ser humano. O *Dasein* compreende o ser e por isso tem acesso aos entes. Sem essa compreensão nada se move no conhecimento, tudo permanece opaco. Mas assim como pelo ser compreende os entes, compreende-se também como ente; e não apenas isso. Compreende o ser porque compreende a si mesmo e se compreende porque compreende o ser” (*Diferença e Metafísica*. Ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: Edipucrs, 2000, p. 103 (*itálicos do original*)). Especificamente no âmbito do Direito, é exemplar a exploração que Lenio STRECK realiza das consequências do giro ontológico para a reflexão jurídica (Cf. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, em especial Cap. 10 e 11). Cf. Georges ABOUD e Rafael Tomaz de OLIVEIRA. “O dito e o não dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual, In: *Revista de Processo*, n. 166, pp. 34/36.

¹¹ Sobre o círculo hermenêutico no sentido que assume em Heidegger, Stein anota o seguinte: “O homem se compreende quando compreende o ser, para compreender o ser. Mas logo em seguida Heidegger vai dizer: ‘Não se compreende o homem sem se compreender o ser’. Então a ontologia fundamental é caracterizada por este círculo: estuda-se aquele ente que tem por tarefa compreender o ser e, contudo, para estudar esse ente que compreende o ser, já é preciso ter compreendido o ser. O ente homem não se compreende a si mesmo sem compreender o ser, e não compreende o ser sem compreender-se a si mesmo; isso numa espécie de esfera antepredicativa que seria o objeto da exploração fenomenológica – daí vem a idéia de círculo hermenêutico, no sentido mais profundo” Ernildo STEIN. *Racionalidade e Existência*. Uma introdução à filosofia. Porto Alegre: LP&M, 1988, p. 79.

Diante disso, se o direito é linguagem e na linguagem; se o problema do compreender é determinante para a formatação do sentido que se projeta dos enunciados jurídicos, toda questão jurídica deve passar pela exploração desse “elemento hermenêutico” que caracteriza a experiência jurídica. Há de se ressaltar que, nesse enfoque, hermenêutica deixa de ser uma técnica interpretativa ou uma ferramenta metodológica disponível para determinação da correta interpretação da legislação¹² e passa a ser encarada como um modo de ser daquele que compreende o direito, a linguagem passa a ser constituinte e constituidora do mundo do homem¹³.

É nesse sentido que queremos abordar o problema da sentença, procurando desconstruir a idéia de que sentença é um ato silogístico do sujeito

¹² Ver por todos Carlos MAXIMILIANO. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

¹³ Como anota Lenio STRECK, no interior deste paradigma, “a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto e passa a ser condição de possibilidade” *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova Crítica do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 197 *et seq.*). Ou seja: a linguagem não pode mais ser vista como ferramenta disponível para conhecer objetos. A linguagem é constituinte e constituidora do mundo do homem. Nas palavras de GADAMER: “a linguagem não é nenhum instrumento, nenhuma ferramenta. Pois uma das características essenciais do instrumento é dominarmos seu uso, e isso significa que lançamos mão e nos desfazemos dele assim que prestou seu serviço. Não acontece o mesmo quando pronunciamos as palavras disponíveis de um idioma e depois de utilizadas deixamos que retornem ao vocabulário comum de que dispomos. Esse tipo de analogia é falso porque jamais nos encontramos como consciência diante do mundo para um estado desprovido de linguagem lançamos mão do instrumental do entendimento. Pelo contrário, em todo conhecimento de nós mesmos e do mundo, sempre já fomos tomados pela nossa própria linguagem” (*Verdade e Método*, v.II. Tradução de Enio Paulo Giachini. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 176). O acesso hermenêutico pode ser observado em diversos autores, dentre eles merecem destaque: Cf. Lenio STRECK. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova Crítica do Direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Ronald DWORKIN. *O Império do Direito; Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001; *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002; Arthur Kaufmann. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004; Friedrich MÜLLER. *Direito Linguagem e Violência: elementos de uma teoria constitucional*. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995; *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; STRECK. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise; Verdade e Consenso*; José Lamago. *Hermenêutica e Jurisprudência. Análise de uma Recepção*. Lisboa: Fragmentos, 1990. Josef ESSER. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial Del derecho privado*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1961.

que pretensamente (ou ingenuamente) revela a norma presente ora na vontade do legislador, ora na vontade da lei¹⁴.

Com o ferramental da hermenêutica – no modo retratado aqui – temos a possibilidade de mostrar como os enunciados que compõem os diversos textos jurídicos (lei, sentença, súmulas – vinculantes ou não –, medidas provisórias, decretos etc.) guardam consigo um enigma que reside na obra. Ou seja, como o enunciado é um modo derivado de uma interpretação existencial, sempre há algo que não pode ser mencionado pela linguagem. Apenas a filosofia hermenêutica (Heidegger) e a Hermenêutica Filosófica (Gadamer) podem mostrar que, antes do enunciado, existe uma série de fatores e razões que levam a sua formação.

Esses fatores estão presentes na estrutura do caso debatido em juízo e nos diversos aspectos processuais que envolvem a solução da demanda. Daí que, diante de um caso concreto, o dispositivo da sentença consiste na norma, porque possui uma motivação e uma fundamentação (derivada da compreensão histórica e fática do intérprete). Contudo, se for caso de uma sentença proferida em controle abstrato de constitucionalidade, com os efeitos vinculante e *erga omnes* (CF 102 § 2.º), o enunciado do dispositivo somente poderá ser norma para o processo subjacente a sua constituição (ADI, ADC e ADPF). Para os demais casos será apenas um texto normativo que, tal qual todo enunciado, comportará nova interpretação e adequação às particularidades dos casos que vinculará. Que fique claro: esse enunciado nunca será a norma pronta para ser aplicada silogisticamente (mecanicamente) como uma solução pronta para os casos futuros, e sim um elemento constitutivo da norma para solução desses casos. Do mesmo modo, isso não implica dizer que aquele que interpreta tais enunciados está livre para atribuir sentidos arbitrários aos enunciados normativos, mas que há uma cadeia de significados históricos que devem condicionar sua interpretação, de modo que não há qualquer relativismo ou decisionismo em nossa formulação ou no paradigma filosófico que sustenta nossa investigação.

¹⁴ Para uma crítica no sentido da ultrapassagem de tais questões Cf. Lenio Luiz STRECK. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, pp. 96/100.

1.2 Sentença como ato concretizador. Superação do conceito de sentença como silogismo.

Diante de um acesso hermenêutico a interpretação deixa de ser um conhecimento meramente conceitual e passa a ser experiência. Toda compreensão textual passa a necessitar de uma mediação entre o passado e o presente. O sentido de todo texto passa a estar condicionado pela historicidade, restando condicionado à particularidade de cada caso a ser julgado, que será sempre único e irrepetível¹⁵.

Mudança radical também se opera na aplicação do direito, a jurisprudência passa a apreender valores na concretização e procedimentalização do direito, ou seja, sua atuação não é mais feita por mera subsunção de fatos a disposições normativas, e sim a concretização do direito, que em cada caso é sempre particular e único. Com o acesso hermenêutico, o intérprete passa a pertencer à própria compreensão e o *interpretandum* passa somente a existir na história factual da compreensão que gera¹⁶.

O pensamento jurídico dominante ainda é refratário ao acesso hermenêutico ao direito, acreditando que a função do jurista ainda é a de descobrir um sentido que está velado na vontade da lei ou do legislador. O pensamento fechado a um acesso hermenêutico ao direito incorre em pelo menos três equívocos que serão enfrentados no primeiro capítulo da pesquisa: a) confusão entre texto e norma; b) interpretação como ato revelador de vontade ora do legislador ora da própria lei; c) sentença judicial como processo interpretativo meramente silogístico em que por simples subsunção o suporte fático é normatizado, dando origem assim à decisão judicial. Esclarecidos esses

¹⁵ Cf. José LAMEGO. *Hermenêutica e jurisprudência*, p. 182. De acordo com GADAMER: “cada época tem de entender um texto transmitido de uma maneira peculiar, pois o texto forma parte do todo da tradição, na qual cada época tem um interesse pautado na coisa e onde também ela procura compreender a si mesma (...). O sentido está sempre determinado pela situação histórica do intérprete”. *Verdade e Método*. v. I. 3.ed., 1998, p. 443.

¹⁶ Antonio Osuna FERNÁNDEZ-LARGO. *La hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones Universidad de Valladolid, 1992, p. 110. Nas palavras de GADAMER: “em toda leitura tem lugar uma aplicação, e aquele que lê um texto se encontra, também ele, dentro do sentido que percebe. Ele mesmo pertence ao texto que entende”. *Verdade e Método*. v. I. 3.ed., 1998, p. 503.

equívocos, passar-se-á a evidenciar a necessidade de superação da dicotomia entre monismo e dualismo sob o pano de fundo hermenêutico.

1.3 Distinção entre texto normativo (enunciado) e norma.

A visão tradicional calcada no positivismo legalista é refratária ao acesso hermenêutico, porque ignora que o direito deve ser concretizado na singularidade de cada caso, e não apenas através de uma subsunção de fatos a previsões normativas, ignorando a particularidade irrepetível de cada caso jurídico. O pensamento jurídico dominante incorre no equívoco de equiparar texto e norma; essa distinção é importante para demonstrar que a lei e a súmula vinculante, por exemplo, não constituem a norma em si, são enunciados (textos normativos) que sempre comportam interpretação por mais objetivos que sejam.

Friedrich Müller, mediante sua teoria *estruturante da norma*, evidenciou que a prescrição juspositiva é apenas o ponto de partida na estruturação da norma, visto que a prescrição literal serve em regra para a elaboração do programa de norma. Ocorre que a normatividade essencial à norma não é produzida por esse mesmo texto. Norma e realidade não devem ser justapostos sem nenhuma relação tal como a doutrina “neokantiana” - que distingue ser e dever ser - preconiza, cujo encontro dar-se-ia apenas mediante a *subsunção* do tipo legal (*Sachverhalt*) a um primeiro enunciado de caráter normativo. O texto da norma não é a própria norma jurídica, não é elemento conceitual da norma jurídica, mas configura o dado de entrada (*input*) mais importante ao lado do caso a ser decidido juridicamente no processo de concretização da norma¹⁷.

O acesso hermenêutico ao direito permite a superação de uma visão obsoleta do positivismo legalista para a qual o *law in the books* já seria a norma, prontamente disponível a ser aplicada na solução de um caso jurídico

¹⁷ Friedrich MÜLLER. O novo paradigma do direito, p. 119.

mediante silogismo¹⁸. A lei (texto normativo) em si não contém as normas jurídicas, que são frutos de um complexo processo de concretização. Os textos normativos possuem apenas o direito *virtual*, ou seja, textos de normas enquanto pontos de partida do trabalho jurídico prático¹⁹.

Norma não se confunde com o texto legal (enunciado), norma surge somente diante da problematização do caso concreto, seja real ou fictício, consiste em equívoco do positivismo legalista entender que a norma já está acabada e presente no texto da lei ou em um enunciado da súmula vinculante. A lei e a súmula vinculante são *ante casum* com o objetivo de solucionarem casos *pro futuro*²⁰. A norma não, porque precisa ser produzida em cada processo individual de decisão jurídica.

Na nomenclatura de Guastini, a lei e a súmula vinculante são disposições que consistem em um enunciado ou em parte de um enunciado legislativo, enquanto a norma consiste na interpretação desse enunciado²¹. A norma de cada caso concreto, seja real ou fictício, se produz por meio de uma teoria estruturante, composta de *programa normativo* e *âmbito normativo*²². O texto normativo somente é compreensível quando estiver materialmente ligado ao âmbito normativo e ao programa normativo²³.

¹⁸ Friedrich MÜLLER. O novo paradigma do direito, p. 130.

¹⁹ Friedrich MÜLLER. O novo paradigma do direito, p. 141.

²⁰ Cf. Georges ABOUD. Súmula vinculante *versus* precedentes: notas para evitar alguns enganos, in: *Revista de Processo*, n. 165, pp. 227/228

²¹ Riccardo GUASTINI. Disposizione vs. Norma, in: *Studi in Memoria di Giovanni Tarello*. v. II. Milano: Giuffrè, 1990, p. 277.

²² Friedrich MÜLLER. *O novo paradigma do direito*, p. 148. Friedrich MÜLLER. *Teoria Estruturante do Direito*. São Paulo: RT, 2008, p. 80. Friedrich MÜLLER. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*, p. 26. Consoante Friedrich MÜLLER: “uma norma não é (apenas) carente de interpretação porque e à medida que ela não é ‘unívoca’, ‘evidente’, porque e à medida que ela é ‘destituída de clareza’ – mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício). Uma norma no sentido da metódica tradicional (i. é: o teor literal de uma norma) pode parecer ‘clara’ ou mesmo ‘unívoca’ no papel. Já o próximo caso prático ao qual ela deve ser aplicada pode fazer que ela se afigure extremamente ‘destituída de clareza’”. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*, p. 48.

²³ Friedrich MÜLLER. *Teoria Estruturante do Direito*, p. 203. “Somente o texto normativo é de fato abstrato. Ao lado dele e da norma de decisão concludente, a noção estruturante de norma deve ser tipologicamente elaborada, sendo que seu âmbito normativo possível no real, potencialmente,

Tanto o programa normativo quanto o âmbito normativo são entidades jurídicas. O programa normativo constitui os elementos linguísticos do processo concretizador, o teor literal. Enquanto o âmbito normativo constitui os elementos não linguísticos, consistindo no recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma criou para si como seu âmbito de regulamentação²⁴.

Partindo de premissas teóricas distintas e com complexidade menor que a teoria estruturante de Müller, Riccardo Guastini também distingue a norma do texto normativo. Norma seria a interpretação conferida a um texto (enunciado), parte de um texto ou combinação de um texto. Não existe norma antes da interpretação ou independentemente dela. Interpretar é produzir uma norma. A norma é produto do intérprete²⁵.

visto que estruturante engloba os casos que se subordinam à norma. Também na teoria da norma, o tipo se mostra como o `meio termo` entre o geral e o particular. O âmbito normativo designa como figura intermediária tipológica um âmbito estrutural possível no real para os casos reais, potencialmente reunidos e subordinados à disposição legal. A metódica racional, ultrapassando o estágio intermediário da tipologia da concretização articulada de acordo com o programa normativo, une o caso à norma, os quais formam os dois polos não isolados da concretização, sendo integralmente inseridos nela”. *Teoria Estruturante do Direito*, pp. 254/255.

²⁴ Friedrich MÜLLER. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*, p. 42. Importante destacar que “o âmbito normativo não se limita ao puro empirismo de um recorte da realidade. Ele não engloba a totalidade absoluta dos fatos a serem concretamente inseridos nesse recorte, porque, como parte integrante da norma estruturante vista, ele só aparece quando o programa normativo assinala, no processo de interpretação prática e na aplicação de normas jurídicas, as estruturas básicas *relevantes* desse âmbito normativo, considerando o caso particular”. *Teoria Estruturante do Direito*, p. 249.

²⁵ Cf. Riccardo GUASTINI. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 25, 97 e 136. Criticando e expondo o conceito tradicional de norma cf. Riccardo GUASTINI. “Disposizione vs. Norma”, pp. 278/279. No mesmo sentido manifesta-se João ZENHA MARTINS: “na interpretação da lei, objecto do presente trabalho, importa convocar, antes de tudo, o necessário *distinguo* entre *preceito* e *norma*. O *preceito* consubstancia o *objecto* da interpretação. Trata-se de um simples enunciado linguístico, de um texto ou documento normativo (disposição ou formulação). A *norma*, por seu turno, situa-se num momento necessariamente ulterior, no momento de atribuição de um significado jurídico ao preceito ou enunciado linguístico, corporizando assim o produto da valoração e análise do intérprete, o *resultado* da interpretação. Nesse sentido, não existe biunivocidade entre enunciado e norma. O enunciado *qua tale*, em caso de indeterminação, ambiguidade ou recorte impreciso, pode exprimir disjuntivamente tantas normas quantas as possíveis interpretações”. Interpretação conforme com a Constituição, in: *Estudos em homenagem a Inocêncio Galvão Telles*. v. V, Coimbra: Almedina, 2003, p. 827.

Desse modo, pode se asseverar que diante de um acesso hermenêutico ao direito não se pode mais confundir texto normativo com norma²⁶. O texto normativo é o *programa da norma*, representa o enunciado legal (lei, súmula vinculante, portaria, decreto), sua constituição é *ante casum* e sua existência é abstrata. A norma, por sua vez, é produto de um complexo processo concretizador em que são envolvidos o programa normativo e o âmbito normativo.

A norma somente existe diante da problematização de um caso concreto, seja real ou fictício. A norma não está contida na lei. Somente após a interpretação a norma é produzida, a norma é realizada na linguagem, diante da problematização, quando é contraposta aos fatos jurídicos e à controvérsia judicial que pretende solucionar.

1.4 Interpretação como ato produtivo. As alterações introduzidas pela *aplicatio* gadameriana na interpretação jurídica.

É a hermenêutica filosófica que permite a transição da lei e do direito de uma interpretação gramatical literal a uma busca de significação histórica do texto²⁷. O positivismo legalista concebe a interpretação como ato em que se revela a vontade do legislador ou da lei que estaria escondido no texto normativo²⁸.

Dessa concepção, dois equívocos principais são derivados, dentre eles a idéia de que o sentido de um dispositivo legal (texto normativo) é

²⁶ Sobre conceito de norma e uma perspectiva do acesso hermenêutico cf. Rafael Tomaz de OLIVEIRA. Decisão judicial e o conceito de princípio, pp. 193/197.

²⁷ Antonio Osuna FERNÁNDEZ-LARGO. *La hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*, p. 11.

²⁸ Essa tentativa de desvendar a vontade na hermenêutica constitucional é expressamente criticada por Friedrich MÜLLER: "Nos dias atuais o dogma voluntarista pandectístico da ciência jurídica alemã do séc. XIX tem um interesse meramente histórico. Não fornece nenhum fundamento suficiente para a compreensão da constituição atual e a instrumentação da sua concretização. Isso vale para qualquer tentativa de construir o objetivo da interpretação ou concretização como identificação de uma 'vontade', não importa se se trata aqui da vontade subjetiva do outorgante da norma ou da assim chamada vontade objetiva da norma". *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*, p. 11.

unívoco, tendo caráter anistórico e atemporal. O segundo equívoco consiste no caráter revelador da norma, reduzindo a atividade interpretativa a um trabalho meramente reprodutivo de sentidos a ser desvelado pelos métodos tradicionais de interpretação jurídica.

O acesso hermenêutico, mais precisamente a viragem lingüística, permite a superação da metodologia positivista, que insiste em separar e isolar o fenômeno da compreensão (*subtilitas intelligendî*), o da interpretação (*subtilitas explicandî*) e a aplicação (*subtilitas applicandî*). Nas palavras de Gadamer, “o conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso concreto não são atos separados, mas um processo unitário²⁹”.

Com a viragem lingüística, o acesso a um determinado texto supera a visão positivista, passa a ser um processo unitário, não somente a compreensão e a interpretação, mas também o da aplicação³⁰. Nesse sentido Gadamer asseverou que “o sentido de um texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre. Por isso a compreensão não é nunca um comportamento somente reprodutivo, mas é, por sua vez, sempre produtivo³¹”. Com a *applicatio* o ato jurídico é interpretativo e aplicativo ao mesmo tempo³².

A hermenêutica permite integrar o processo aplicativo dentro do processo interpretativo, a *applicatio* gadameriana é companheira indissociável de toda a atividade interpretativa³³. Daí que com Gadamer pode-se concluir que “o

²⁹ Hans-Georg. GADAMER. *Verdade e Método*, v. I. p. 463.

³⁰ Antonio Osuna FERNÁNDEZ-LARGO. *La hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*, pp. 51/52. Sobre a relação entre compreensão e interpretação Heidegger ensina: “En la interpretación el comprender se apropia comprensoramente de lo comprendido por él. En la interpretación el comprender no se convierte en otra cosa, sino que llega a ser él mismo. La interpretación se funda existencialmente en el comprender, y *no es éste el que llega a ser por medio de aquélla*. *La interpretación no consiste en tomar conocimiento de lo comprendido, sino en la elaboración de las posibilidades proyectadas en el comprender*” (*Ser y Tiempo*, p. 172) (grifamos).

³¹ Hans Georg GADAMER. *Verdade e método*. v. I., p. 444.

³² Cf. Riccardo GUASTINI. *Das fontes às normas*, p. 217; v. Friedrich Müller. *O novo paradigma do direito*, p. 77.

³³ Antonio Osuna FERNÁNDEZ-LARGO. *La hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*, pp. 51/52.

conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso concreto não são atos separados, mas um processo unitário³⁴.

Diante de um acesso hermenêutico não se concebe mais a interpretação como algo a ser descoberto na intenção da lei ou do legislador por meio da aplicação de um método. A norma é produto da interpretação, manifesta-se somente na linguagem, que é o espaço de atuação do jurista.

A atividade interpretativa é sempre histórica, porque o texto somente é abordável a partir da historicidade do intérprete. Na interpretação do texto ocorre uma fusão de horizontes, um diálogo hermenêutico que possibilita a compreensão do texto³⁵. Não há interpretação fora da história, logo, não há uma compreensão originária da norma e, posteriormente, uma aplicação dela, o que existe é uma única interpretação suscitada pela condição do intérprete em um processo circular com a tradição do mesmo texto³⁶.

1.5 Crítica e superação da sentença como silogismo.

De acordo com o que concluímos no tópico anterior, não há um descobrir a norma, e sim produzir a norma diante da problematização. Toda a interpretação é ao mesmo tempo aplicação que culmina no ato produtivo da norma, que, por sua vez, não pode corresponder ao texto normativo que representa seu programa da norma. Daí que entender não é um processo linear, sentenciar também não. A hermenêutica não é, simplesmente, reduzível a um recuperar a pura intenção do autor [nem da lei] e sim revelar sua verdade (não

³⁴ Hans Georg GADAMER. *Verdade e Método*, v. I. 3.ed., 1998. p. 463.

³⁵ Osuna FERNÁNDEZ-LARGO. *La hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*, p. 56. Cf. Jerzy WRÓBLEWSKI. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas, 1985, p. 76.

³⁶ Osuna FERNÁNDEZ-LARGO. *La hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*, p. 65. Friedrich MÜLLER ensina que “a concretização do direito, impossível fora da linguagem, sempre é co-caracterizada por esse horizonte universal pré-jurídico da compreensão. Ao lado dos seus problemas de interpretação, o texto, também o texto normativamente intencionado da norma jurídica, veicula ao mesmo tempo uma precedente referência material do intérprete a esses problemas”. *Teoria Estruturante do Direito*, p. 59.

vontade); assim, interpretar não é um simples reproduzir e sim de um produzir, não servir e sim perguntar, não absolutizar o texto e sim revivê-lo³⁷.

Perante a hermenêutica na perspectiva que a monografia propõe, a sentença deixa de ser considerada silogismo, como pretende a maior parte da doutrina processual, como se a sentença fosse meramente um ato que decorre da premissa maior. Como exemplo desse entendimento, podemos citar Fazzalari ao dispor que “por último o juiz deve subsumir a situação substancial, como acima acertada, à lei que disciplina o seu dever de sentenciar, para concluir, enfim, que ele deva ou não emitir o comando jurisdicional requerido³⁸”.

O que a dogmática processual não percebe é que a “‘subsunção’ é apenas aparentemente um procedimento lógico formal; na verdade, é um procedimento determinado no seu conteúdo pela respectiva pré-compreensão de dogmática jurídica³⁹”.

Diante do exposto, não se pode tratar a sentença como um ato de vontade, algo que remonta a Jhering, que postulava: “não é a vontade do juiz que obriga o devedor a pagar ou envia o delinquente à prisão; é a da lei. O juiz não faz mais do preencher o ofício em branco que o legislador preparou; a sua ordem é concreta e não individual⁴⁰”. Luis Cabral de Moncada enfatiza expressamente o caráter silogístico da sentença, afirmando que “a sentença traduz-se sempre, no seu aspecto formal, num silogismo, como forma de raciocínio, no qual a norma jurídica abstrata aplicável ao caso faz as vezes de *premissa maior*; o caso de que se trata, as vezes de *premissa menor*⁴¹”.

³⁷ Osuna FERNÁNDEZ-LARGO. *La hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*, p. 82.

³⁸ Elio FAZZALARI. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 2006, p. 489. No mesmo sentido que criticamos cf. Humberto THEODORO JUNIOR. *Curso de Direito Processual Civil*. 39.ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 453.

³⁹ Friedrich MÜLLER. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*, p. 49.

⁴⁰ Rudolf Von JHERING. *A evolução do direito*. 2.ed. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1956, p. 271.

⁴¹ Luis CABRAL DE MONCADA. *Lições de Direito Civil: parte geral*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 818. Importante destacar que o silogismo está presente mesmo na obra de autores considerados pós-positivistas, como Robert ALEXY, ao dispor que, na solução dos casos fáceis em que se aplicam regras, a solução desses casos se dá por meio do silogismo jurídico através do

Um dos principais equívocos que o conceito de sentença como silogismo proporciona é a confusão entre texto normativo e norma, porque, ao se considerar a sentença como silogismo, o enunciado legislativo e a norma se confundem porque a sentença passa a ser ato meramente declarativo, não criador do direito, nas palavras de Cabral de Moncada, “o juiz em tese geral – diz-se – não cria o direito; *aplica* o direito, norma, à vida nos seus múltiplos casos concretos⁴²”.

Essa é a importância de um acesso hermenêutico ao Direito, por parte da doutrina processual, pois não se deve mais encarar a sentença como um silogismo (ato de vontade) que se concretiza, mediante um procedimento lógico formal. Em razão do acesso hermenêutico, o jurista não pode confundir texto da norma com a norma, tal como demonstramos. Assim, a doutrina processual tende a considerar a sentença como a concretização da vontade da lei (premissa maior) a ser utilizada pelo julgador para chegar à decisão. Essa visão continua refratária ao acesso hermenêutico, no qual o ato interpretativo deixa de ser reprodutivo e passa a ser produtivo, nas palavras de Lamego, “o aditamento de sentido que se opera em cada nova interpretação e o carácter ‘único’ de cada situação são manifestos na hermenêutica jurídica⁴³”.

mecanismo da subsunção. Cf. Robert ALEXYS. *Teoría de la argumentación jurídica*, Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: CEC, 1989, p. 225 *et seq.* Criticando o silogismo de Alexy v. Rafael de OLIVEIRA. *Decisão judicial e o conceito de princípio*, p. 184.

⁴² Luis CABRAL DE MONCADA. *Lições de Direito Civil: parte geral*, p. 818.

⁴³ José LAMEGO. *Hermenêutica e jurisprudência*, p. 92. Importa salientar que, ao afirmar que o processo interpretativo é produtivo e não reprodutivo, não pode dar azo a interpretações fruto de uma compreensão equivocada do que se fala. O produtivo aqui mencionado não se refere a um ativismo judicial desmedido a partir do qual o próprio juiz criaria a lei para o caso. Como adverte Friedrich Müller, falamos da concretização da norma e não da interpretação do texto da norma; esse concretizar já é, desde sempre, produtivo. Portanto, o caráter hermenêutico que aqui reivindicamos supera definitivamente o modelo matemático de fundamentação do direito e de realização de sentenças, na medida em que encontra, na historicidade do intérprete, o lugar da fundamentação. Assim, não podemos concordar com Dinamarco quando afirma que: “Entra aqui, outra vez, o que tem sido dito sobre a participação do juiz na revelação do direito do caso concreto. Ser sujeito à lei não significa ser preso ao rigor das palavras que os textos contêm, mas ao espírito do direito do seu tempo. Se o texto aparenta apontar para uma solução que não satisfaça ao *seu sentimento de justiça*, isso significa que provavelmente as palavras do texto ou foram mal empregadas pelo legislador, ou o próprio texto, segundo a *mens legislatoris*, discrepa dos *valores aceitos pela nação no tempo presente*. Na medida em que o próprio ordenamento jurídico lhe ofereça meios para uma interpretação sistemática satisfatória perante o *seu senso de justiça*, ao afastar-se das aparências verbais do texto e *atender aos valores subjacentes à lei*, ele estará fazendo cumprir o direito” Candido Rangel DINAMARCO. *A Instrumentalidade do Processo*. 12.ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 361. (grifamos)

Conceber a norma como simples silogismo é conceituar a sentença como um ato meramente lógico embasado num paradigma racionalista lógico-matemático. Crer que um fato determinado pode simplesmente ser solucionado por lógica é algo completamente ingênuo. A integração normativa do fato jurídico mediante subsunção é algo irreal, nas palavras do Juiz Holmes, uma “falácia da forma lógica⁴⁴”.

Assim, a sentença não é um silogismo em que se formula a norma por meio de um método lógico formal, a sentença na qual é produzida a norma para o caso concreto, ocorre de maneira estruturante que surge diante do caso concreto (real ou fictício). Diante da fenomenologia hermenêutica, a sentença, ao produzir a norma, não pode ser considerada como um ato de positividade da vontade seja da lei ou do legislador. Mister mencionar que não é apenas a sentença judicial que produz a norma. O que caracteriza a produção da norma é a problematidade diante de um caso concreto que também pode ser meramente teórico; assim a norma pode surgir diante da problematização⁴⁵ de um caso jurídico real na sentença, mais especificamente em seu dispositivo, num laudo arbitral ou diante de um caso fictício ministrado em sala de aula⁴⁶.

Conceituar a sentença judicial como silogismo reduz a atividade judicial a uma operação meramente mecânica orientada pelos imperativos da lógica. Carlos Benayas identifica uma humana justificação para a atividade decisória como meramente silogística. Essa justificação seria a propensão

⁴⁴ Carlos De La Vega BENAYAS. *Introducción al Derecho Judicial*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1970, p. 255.

⁴⁵ Esta problematização, contudo, não deve ser entendida ao modo daquela que se depreende de posturas teóricas como a tópica de Viehweg ou a proposta de realização do direito de Castanheira Neves. Com efeito, a problematização referida no texto procura iluminar o contexto que exurge do confronto com a coisa contraposta (oposicionalidade – Figal). Ou seja, trata-se da abertura do ser-á diante da descoberta do ente por si subsistente. Essa descrição heiddegeriana aponta para um questionar originário que tem na problematização seu momento pré-resolutivo. No contexto do direito há que se ter presente que a norma nunca é antes do caso. Ela não é um *a priori* mas sim algo que se deduz do engendramento da problematidade do caso com o contexto sistemático dos textos normativos. Cf. Günter FIGAL. *Oposicionalidade: o elemento hermenêutico e a filosofia*. Petrópolis: Vozes, 2007.

⁴⁶ A problematização como elemento central da norma jurídica será abordada em tópico subsequente com base em Günter FIGAL. A problematização será aproximada da oposicionalidade de FIGAL, não se tratando aqui de um conceito ligado à tópica.

humana de descansar na lógica como uma garantia da segurança⁴⁷. O silogismo judicial cria uma atitude reconfortante para o intérprete, que passa a se iludir ao crer que a lei ou a súmula vinculante traz consigo a norma já pronta para a solução dos casos futuros, restando ao juiz a simples tarefa de acoplar o suporte fático ao texto normativo. A concepção subsuntiva⁴⁸ é produto da concepção do positivismo mecanicista no qual o juiz é mero autômato na aplicação do direito, algo irreal e inconcebível diante do paradigma pós-positivista.

Esse raciocínio, além de simplista, comete o equívoco de confundir texto e norma; dessa forma, não reproduz a realidade e a verdade de uma decisão judicial (sentença). Esse equívoco recrudescer quando atribuído às sentenças proferidas na jurisdição constitucional, porque ao se privilegiar a falsa segurança jurídica que o modelo subsuntivo oferece e não compreender o complexo processo concretizador existente na produção da norma-decisão (dispositivo da sentença), incorre-se no risco de produzir uma verdadeira denegação da justiça ou então a problematização permanece carente de solução. Adotar o modelo subsuntivo para a decisão judicial produz sentenças injustas e inconstitucionais porque se aplicam, mecanicamente, as leis injustas e inconstitucionais (*hic et nunc*)⁴⁹. Essa ideologia está embutida na concepção de súmula vinculante como se esta não pudesse (*rectius* devesse) ser interpretada, daí que a súmula vinculante, sendo um enunciado legislativo abstrato, poderá apresentar-se inconstitucional diante de determinado caso concreto, ensejando o seu controle difuso de constitucionalidade.

Foi um erro do positivismo considerar a decisão judicial como uma subsunção estritamente lógica, como se o suporte fático a ser juridicizado pudesse ser mecanicamente acoplado à lei no deslinde dos casos⁵⁰. Esse equívoco é proveniente de uma acepção semântica⁵¹ do conceito de norma,

⁴⁷ Carlos De La Vega BENAYAS. *Introducción al Derecho Judicial*, p. 256.

⁴⁸ Carlos De La Vega BENAYAS. *Introducción al Derecho Judicial*, p. 255.

⁴⁹ Carlos De La Vega BENAYAS. *Introducción al Derecho Judicial*, p. 255.

⁵⁰ Cf. Friedrich MÜLLER. *O novo paradigma do direito*, p. 19, pp. 118/119.

⁵¹ Para uma crítica da acepção semântica de Kelsen e Alexy cf. Rafael Tomaz de OLIVEIRA. *Decisão Judicial e o conceito de princípio*, pp. 193/198.

diante do qual não existe distinção entre texto normativo e norma, a qual possui existência abstrata anterior à conflituosidade (oposicionalidade).

A teoria estruturante da norma de Friedrich Müller é marcada por uma concepção *pós-positivista*, que não apenas aposentou a confusão entre texto e norma, bem como a ficção da decisão judicial como uma solução do caso por meio de um processo lógico silogístico, como se a norma já estivesse na lei e uma simples subsunção permitisse sua aplicação. O positivismo legalista equivoca-se por acreditar no mito de que a solução a ser interpretada é sempre uma e já está disponível para cada caso jurídico nas leis, que são textos⁵².

O fato de externamente a sentença judicial revestir-se de aparência lógica, pela exigência legal, de um relatório (CPC 458), uma fundamentação e um dispositivo (norma – propriamente dita), tem contribuído para esse superficial equívoco. Essa estrutura externa, porém, não tem fundamento nem finalidade lógica, e sim meramente prática, porque dessa forma concretiza-se em uma garantia para as partes como uma facilidade para a interposição do recurso e seu julgamento pelo tribunal *ad quem*⁵³.

A sentença judicial não é um ato meramente silogístico, pelo contrário, a sentença judicial é o modelo fundamental onde se fundem a compreensão da norma e sua relevância aplicativa. A norma é fruto do conhecimento vivo proveniente da atividade interpretativa criadora do jurista. Diante da hermenêutica filosófica, a interpretação e a ciência jurídica são algo mais que a utilização de um método seguro e pré-definido, do mesmo modo que a aplicação do direito é algo mais que a mera subsunção de um enunciado normativo⁵⁴.

⁵² Friedrich MÜLLER. *O novo paradigma do direito*, p. 120, p. 138, especialmente p. 148.

⁵³ Carlos De La Vega BENAYAS. *Introducción al Derecho Judicial*, p. 266.

⁵⁴ Cf. Osuna FERNÁNDEZ-LARGO. *La hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*, p. 101 e p. 105.

1.6 A oposicionalidade como elemento fundamental da norma jurídica.

Neste tópico da monografia demonstrar-se-á como a norma é produzida na linguagem diante da conflituosidade de um caso concreto. Assim, a sentença é um ato criador e concretizador da norma jurídica, mais especificamente, o dispositivo da sentença. Contudo, não é apenas na sentença judicial que a norma se produz, ela pode ser produzida no plano meramente teórico; o que caracteriza a norma é a oposicionalidade.

Busca-se desse modo não incorrer em decisionismo como se apenas a sentença judicial fosse apta a produzir a norma jurídica. A fim de evitar o decisionismo, utilizaremos a oposicionalidade como um elemento fundamental para a norma. Não há a pretensão de uma elaboração acerca da teoria da norma, mas, sim, a utilização de conceito filosófico para melhor compreensão da norma e consequentemente das principais modalidades de sentenças objetos do trabalho, as manipulativas e interpretativas.

Günter Figal, com base em Heidegger, entende que a coisa *precisa ser marcada pelo caráter daquilo que é contraposto*. A aparição dos elementos próprios às coisas que se encontram contrapostas é um acontecimento. O caráter daquilo que se encontra contraposto não é atribuído arbitrariamente às coisas. Ele não existe sempre, nem para qualquer um. No entanto, ele está sempre presente como possibilidade⁵⁵. Figal explica a oposicionalidade pelo quadro. O quadro encontra-se diante de nossos olhos como coisa, apenas o reconhecemos como quadro, uma vez que o compreendemos como coisa contraposta. O quadro não é outra coisa senão fenômeno e, na medida em que é em seu fenômeno apresentação, ele também responde pelo fenômeno daquilo que é apresentado. Com a obra encontra-se contraposto um texto que é oferecido como texto, por mais que ele ainda permaneça ligado ao elemento oposicional do mundo e da vida a uma coisa, a uma ação e a um acontecimento e, por isso, precisa ser liberado para si⁵⁶.

⁵⁵ Günter FIGAL. *Oposicionalidade*, p. 142 e 145.

⁵⁶ Günter FIGAL. *Oposicionalidade*, p. 147.

Algo semelhante ocorre no mundo jurídico, vez que, para se acessar a norma, é preciso contrapor aquilo em que ela está contida, que na maior parte dos casos é a sentença. A sentença é mais um texto a integrar o ordenamento jurídico; apenas quando esse texto é contraposto, a sentença passa a ser vista como sentença, apta a revelar o fenômeno a ser apresentado; a norma. O que permite que um texto normativo seja contraposto e assim seja apresentada a norma é a problematização, a existência de uma conflituosidade a ser pacificada independentemente de essa conflituosidade ser real ou fictícia. A relação entre a problematização e a norma é o que passaremos a explicar.

A norma é produto da interpretação diante da problematização de um caso real ou fictício; sua existência somente ocorre na linguagem. Ela não está contida na lei, não é *ante casum*. A norma é produto da concretização do intérprete na qual são fundidos os elementos linguísticos (programa da norma) e os elementos não linguísticos (âmbito normativo). A norma surge no momento da *applicatio*, produzindo-se para a solução de cada caso concreto. Na interpretação/produção da norma, a historicidade influencia toda a atividade do jurista em razão da fusão de horizontes estabelecidos no diálogo entre o hermeneuta e o texto, bem como toda a pré-compreensão que o intérprete carrega.

É na linguagem que se produz a norma em razão da oposicionalidade; a norma não pode ser confundida com o texto normativo (lei, decreto, portaria etc.) nem com a súmula vinculante, que também constitui texto normativo a ser aplicado ao futuro. A norma jurídica não é *ante casum* nem de aplicação *pro futuro*. A norma jurídica não pode ser identificada com nenhum texto, escrito ela é um fenômeno a se manifestar a partir de sua contraposição. Isso porque, conforme ensina Günter Figal: “só pode ser *trazido* à linguagem aquilo que não é linguagem, segundo o mesmo aspecto daquilo que é trazido à linguagem⁵⁷”. Esta passagem evidencia a impossibilidade de se confundir norma com qualquer dispositivo previamente estabelecido no texto; da mesma forma que

⁵⁷ Günter FIGAL. *Oposicionalidade*, p. 84. Riccardo GUASTINI também não admite a norma sem interpretação: “se empregamos ‘norma’ para nos referirmos ao conteúdo de sentido dos enunciados legislativos, não existem absolutamente normas antes da interpretação e independente desta. *Das fontes às normas*, p. 97.

*a peça musical também não é idêntica àquilo que ressoa na apresentação*⁵⁸, a norma não pode ser confundida com seu teor literal, que é apenas um dos seus elementos de concretização e que permite sua *apresentação*⁵⁹. Da mesma forma que *a Flauta Mágica* de Mozart é estruturalmente a mesma, são infinitas as apresentações que podem reproduzi-la. Logo, ainda que o texto a ser contraposto seja o mesmo diante da problematização perante o caso concreto, diversas são as normas por ele a serem produzidas. A norma de um caso concreto também não pode ser identificada e confundida com uma norma solucionadora de um caso anterior semelhante; ainda que o efeito prático seja o mesmo nos dois casos, cada caso jurídico possui sua norma, que sempre será única e irrepetível.

É na linguagem que se elabora a norma, ela é trazida à linguagem, principalmente, na decisão judicial. Esta deixa de ser um ato meramente silogístico; diante da hermenêutica, a decisão nasce e é produzida na *applicatio*. Contudo, para que a sentença seja vista sob o enfoque hermenêutico, abandonando o silogismo oriundo do positivismo legalista, faz-se necessário pensar a teoria do processo sob um paradigma distinto do dominante, qual seja o da *instrumentalidade do processo*. Isso porque, para que seja possível uma concepção de sentença como ato hermenêutico que soluciona o conflito processual, é preciso ter em mente a importância da relação jurídica (alteridade).

⁵⁸ “A peça musical também não é idêntica àquilo que ressoa na apresentação. Senão, ela seria algo diverso em cada apresentação e, com isso, não seria mais aquilo que é, ela teria se dissolvido em suas apresentações, que, conseqüentemente, também não seriam mais apresentações. Desse modo, a música que se sonoriza só é uma interpretação, quando ela não é sonorizada de maneira imediata e irrepetível, tal como acontece nas improvisações. Aquilo que é interpretado é sempre *algo*, mais exatamente, algo que é passível de ser reconhecido uma vez mais e que, por conseguinte, é determinado nele mesmo. É por isso que o interpretável pode ser conhecido. Podemos saber antes da apresentação aquilo que será apresentado e, em geral, realmente o sabemos. Às vezes a partir de outras apresentações, conhecemos muito bem as peças musicais”. Günter FIGAL. *Oposicionalidade*, p. 84.

⁵⁹ Gunter FIGÄL ensina: “a interpretação, a compreensão e o caráter daquilo que se encontra contraposto se copertencem. É somente o elemento próprio às coisas contrapostas que precisa ser interpretado; é só por meio da interpretação que ele se descerra como aquilo que ele é porque somente o conhecimento apresentador preserva a exterioridade de sua coisa. Ele conta com ela e a expõe; nisto reside a sua distinção em relação a abordagem ligada ao objeto. E se uma apresentação é compreendida, a diferença entre apresentação e coisa também se torna presente juntamente com a coisa que ela faz valer. Assim, a compreensão de algo sempre se mostra ao mesmo tempo como uma compreensão da maneira como esta coisa é dada. Nós não compreendemos apenas algo, mas sempre compreendemos também a relação entre a interpretação, ou seja, a apresentação e a coisa contraposta. Aquilo que compreendemos desta maneira é a *composição estrutural da apresentação*”. *Oposicionalidade*, p. 150.

A relação jurídica como alvo de maior destaque no estudo do direito processual evita quaisquer assertivas autoritárias presas ao paradigma da estatalidade da justiça⁶⁰, pois permite a manifestação efetiva de direitos e poderes que atravessam a historicidade em que se insere um determinado ordenamento jurídico, consagrando a possibilidade do exercício de poder do cidadão contra a autoridade estatal, superando a concepção do sujeito como mero participante sobre quem incidirá o poder jurisdicional, monopólio do Estado.

A concepção de relação jurídica que adotamos é a de Arthur Kaufmann, porque segundo Lamago, a obra de Kaufmann se movimenta numa intenção genuinamente filosófica e influenciada em grande medida pela filosofia hermenêutica de Heidegger e pela hermenêutica filosófica de Gadamer.

⁶⁰ FIORAVANTI identifica três modelos para a fundamentação teórica das liberdades. São eles: a) o *modelo Historicista*, desenvolvido pela tradição anglo-saxônica das liberdades, cuja principal característica é que o reconhecimento dos direitos se dá num processo histórico que se confunde com a própria *common law*; b) o *modelo individualista*, que está presente, de alguma forma, tanto na tradição continental como na tradição anglo-saxã, como produto próprio dos processos de transformações sociais, culturais e do saber que se operaram na modernidade e foram, de alguma forma, aquilo que possibilitou o rompimento com o modelo político-jurídico-social predominante no Medievo. No continente, a expressão maior do modelo individualista se manifesta a partir da experiência revolucionária da França e das Declarações de Direito que a ela se seguiram. Na tradição individualista o Poder é transferido do Monarca Absoluto para o Povo, enquanto fruto da inspiração jacobina da democracia. Nesse modelo, a sociedade é composta de indivíduos politicamente ativos, com sua autônoma subjetividade distinta e precedente ao Estado, que impõe respectivamente a presunção geral de liberdade e a presença de um poder constituinte já estruturado. c) o *modelo Estatalista*, que se forma na Europa continental a partir do século 19, no período exatamente posterior à chamada codificação dos ideais jusnaturalistas com os Códigos Civis Francês e Alemão e que coincide com o aparelhamento burocrático do Estado de Direito liberal e a formação do Direito Público europeu. Cf. Maurizio FIORAVANTI. *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2003, pp. 42/43. Cf. Georges ABBOUD e Rafael Tomaz de OLIVEIRA. O dito e o não dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual, pp. 45/47. Complementando a caracterização do modelo estatalista, cumpre esclarecer que: “Como afirma FIORAVANTI, o modelo estatalista se difere do individualista porque neste, ao contrário daquele, se presume a existência da sociedade civil dos indivíduos como anterior ao Estado. Mas o elemento estado e o sentimento de descontinuidade histórica – que também se manifesta no modelo estatalista – se afigura presente já neste primeiro período pós-revolução. É interessante notar como que, historicamente, o modelo estatalista é possibilitado por aquilo que ele mesmo pretende superar. Com efeito, as principais estruturas estatalistas já estavam presentes na forma de fundamentar as liberdades do individualismo revolucionário. Há apenas uma “mudança de rota” com a radicalização do papel que o direito posto pelo Estado exerce em relação aos indivíduos (...). Para pontuar essa primeira diferença que estamos procurando afirmar, podemos dizer que, se no modelo individualista, a fundamentação das liberdades se dava através de uma situação pré-estatal que justificava o reconhecimento pelo Estado de direitos inalienáveis do indivíduo, no modelo estatalista é o fato da própria positivação da lei que fará as vezes de fundamento; ou seja, tecnicamente é certo dizer que, no interior do modelo estatalista, só há um direito: o de ser tratado conforme as leis postas pelo Estado” cf. Georges ABBOUD e Rafael Tomaz de OLIVEIRA. O dito e o não dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual, p. 46.

Procurando colocar a questão do Direito nos trilhos do problema da linguagem, Kaufmann se preocupa com a recuperação de uma dimensão filosófico-ontológica do Direito a partir da qual há uma tentativa deliberada de aproximação da ontologia aristotélico-tomista com os resultados da pesquisa fenomenológica e da filosofia existencial. Para Kaufmann, essência e existência do Direito encontram-se numa relação de tensão, decorrente de uma *diferença ontológica*. Essa diferença ontológica pode ser percebida tanto na estatuição quanto no “achamento” do direito, na qual se trata de trazer à correspondência o *dever-ser* e o *ser*, o que não poderá ocorrer nos termos de um silogismo lógico (modelo de fundamentação baseado em um modo matemático de ver o Direito), mas com base na elaboração de uma analogia: abandonada a ontologia da coisa (Kaufmann chama de “ontologia das substâncias”), passa-se a uma ontologia das relações – que é no fundo uma ontologia existencial⁶¹. Por certo, essa ontologia das relações não pode ser encarada numa perspectiva substancial de relação⁶². Isso seria cair novamente na malha das ontologias metafísicas (clássica e moderna). Em outras palavras: o Direito, em seu “modo de ser”, se manifesta relacionalmente na própria existência humana. Esse conteúdo relacional deve possibilitar uma nova perspectiva sobre o processo⁶³.

Faz-se necessário salientar que a relação jurídica da maneira que propomos não é a mesma de Chiovenda, que distinguiu relação jurídica substancial da relação jurídica processual, que seria uma relação autônoma, complexa e pertencente ao direito público⁶⁴. A ação, também na concepção de Chiovenda, diferencia-se da relação processual, porque aquela compete à parte

⁶¹ Cf. José LAMEGO. *Hermenêutica e jurisprudência*, pp. 94/95.

⁶² Esta questão é decisiva no que atina à nossa investigação. Com efeito, a relação já apresentou uma certa centralidade em outros momentos da teoria processual (este é o caso da pandectística). Todavia, a relação preconizada neste caso se fundamenta numa ontologia da coisa; ou seja, numa perspectiva ontológica que se mantém presa a um dualismo a partir do qual a relação era pensada fora do homem, como um objeto formal. Neste trabalho procuramos demonstrar, a partir da fenomenologia hermenêutica e das contribuições jurídicas de KAUFMANN, como a relação jurídica está vinculada ao homem num nível existencial, no plano da faticidade.

⁶³ Georges ABBOUD e Rafael Tomaz de OLIVEIRA. O dito e o não dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual, pp. 54/55.

⁶⁴ Giuseppe CHIOVENDA. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. I., 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 56.

que tem razão⁶⁵. Essa formulação de relação jurídica como categoria primordial da teoria geral do processo é alvo de críticas da doutrina de Fazzalari ao dispor que “o clichê da ‘relação jurídica’, que foi útil, ao seu tempo, para entender a ação como posição jurídica subjetiva em sua estrutura mais articulada, a da relação jurídica, uma vez que ela é considerada sob o plano das posições subjetivas, é incompatível com o processo, pois a relação jurídica é um esquema simples e incapaz de conter a complexidade do processo⁶⁶”. Fazzalari assevera que a relação jurídica por ser categoria simples não demonstra a complexidade do processo e também por ser estática não consegue representar-lhe a dinâmica, devendo ser atualizada pela categoria do termo processo⁶⁷.

Ocorre que empregar o processo ou a jurisdição como categorias centrais da teoria processual carrega uma concepção ainda autoritária do processo, possui ranços estatelistas, sem dizer que não possibilitam ao direito processual um acesso hermenêutico ao direito; assim sendo, desenvolveremos a relação jurídica como categoria primordial da teoria processual, mediante a filosofia de Arthur Kaufmann, lançando mão de sua formulação de relação jurídica.

Essa perspectiva permite a superação da visão nominalista do direito diante da qual este nada mais seria do que um conjunto de normas que regulam a vida humana, uma vez que “por relação jurídica se entende uma relação juridicamente relevante regulada pelo direito objetivo de pessoas entre si ou de pessoas e coisas. O conteúdo duma relação jurídica é, no mínimo, um direito subjetivo, na maioria, contudo, das vezes, são diversos direitos subjetivos⁶⁸”. Por isso, entendemos que o estudo do direito processual não deve ter por hegemônico nem o instituto da ação, menos ainda o da jurisdição, mas sim o da relação jurídica, porque “o direito é uma correspondência, não tem um carácter substancial, mas sim *relacional*, o direito no seu todo não é, portanto, um

⁶⁵ Giuseppe CHIOVENDA. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I., p. 57.

⁶⁶ Elio FAZZALARI. *Instituições de Direito Processual*, p. 140.

⁶⁷ Elio FAZZALARI. *Instituições de Direito Processual*, p. 141.

⁶⁸ Arthur KAUFMANN. *Filosofia do Direito*, p.153.

complexo de artigos da lei, um conjunto de normas, mas um conjunto de relações⁶⁹”.

Por fim, para encerrarmos este tópico, necessário ressaltar que o estudo do direito processual centrado na relação jurídica permite um acesso hermenêutico ao Direito, no caso, ao direito processual; nas palavras de José Lamego, a Hermenêutica sustenta que a interpretação não é meramente um conhecimento conceptual, mas experiência. Todo o texto requer, para ser compreendido, uma transposição, que se consubstancia numa mediação entre passado e presente (fusão de horizontes). A cadeia de mediações interpretativas radicada no *continuum* do tecido histórico implica, no Direito, a impossibilidade de abstrair das mutações e desenvolvimentos introduzidos no significado da norma pelas suas sucessivas concretizações (decisões particulares de cada caso). A exemplaridade da hermenêutica jurídica reside em que aí se põe em evidência *que o sentido do texto está constitutivamente ligado à particularidade da situação, ao caso concreto a julgar*⁷⁰. Este é o acesso hermenêutico que todos os ramos do direito devem buscar e para o qual a dogmática processual continua refratária.

No direito processual, examinar a teoria geral do processo com ênfase no aspecto relacional do direito é um grande passo em direção ao acesso hermenêutico, porquanto, “se tomarmos mais uma vez a imagem da ‘estrutura escalonada’ da ordem jurídica, então ver-se-á que o caminho da legislação até à decisão jurídica é o caminho da concretização, da positivação, do fazer histórico do direito. Não se segue todavia nem um caminho ‘directo’ das possíveis situações da vida passando pelo caso até o direito, mas sim um caminho ‘em forma de espiral’ (‘espiral hermenêutica’), em que dever (ideia de direito, norma) e ser (hipotética situação da vida, caso) são reciprocamente postos em correspondência⁷¹”.

⁶⁹ Arthur KAUFMANN. *Filosofia do Direito*, p.219.

⁷⁰ José LAMEGO. *Hermenêutica e jurisprudência*, p.182. cf. Georges ABOUD e Rafael Tomaz de OLIVEIRA. O dito e o não dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual, p. 55.

⁷¹ Arthur KAUFMANN. *Filosofia do Direito*, pp. 219/220. Sobre espiral hermenêutica cf. Osuna FERNÁNDEZ-LARGO. *La hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*, p. 101.

Desenvolver a teoria geral do processo com enfoque na relação jurídica - não a pandectista, mas sim a de Kaufmann - permite um acesso hermenêutico ao direito, porque possibilita uma visão da legislação até a decisão por meio de uma espiral hermenêutica em que a idéia do direito e a situação da vida são postos em correspondência. Também não fazemos a distinção da relação jurídica substancial e da processual; essa dicotomia objetifica a relação jurídica e é calcada na relação sujeito-objeto, a relação jurídica que propomos não se baseia em função de um sujeito solipsista (no caso da teoria processual o juiz) mas na intersubjetividade cujo fio condutor é a linguagem e o horizonte de sentido que caracteriza a “acontecência” da existência humana, sua historicidade, o fim do processo – a positivação da sentença passa a ser o fazer histórico do Direito, não se trata de posicionar as partes e o juiz numa relação angular como desde Bülow se preconiza, as partes e o juiz não estão numa relação triangular e sim circular.

A doutrina⁷² não está errada ao afirmar que a relação jurídica como categoria central do processo é uma visão insatisfatória que não consegue apreender o processo tanto na sua complexidade quanto dinamicidade. Poderíamos dizer que a relação jurídica assim tomada se mostra objetificada – no sentido da ontologia da coisa ou da substância. Entretanto, transferir a centralidade da teoria processual para o processo (procedimento em contraditório) ou para a jurisdição não contribui para perceber o processo em sua dinamicidade, porque todas essas categorias processuais são derivadas do ente privilegiado que nelas imprime seu “modo de ser”. Ou seja, o processo é dinâmico porque o próprio “modo de ser” do *Ser-aí* é dinâmico, e essa dinamicidade se dá em razão da estrutura relacional própria da intersubjetividade e de sua condição de ser-no-mundo. Portanto, ambos os casos ainda se encontram aprisionados nas armadilhas da tradição metafísica, que não conseguia pensar a unidade que existe entre homem (*Ser-aí*) e ser, criando, assim, os clássicos dualismos: consciência e mundo, objeto e mundo, palavras e coisas. Esse dualismo na teoria processual é evidenciado pelas diversas correntes mencionadas, no momento em que o conceito *central de processo é apurado a partir da extração significativa de*

⁷² Cf. Elio FAZZALARI. *Instituições de Direito Processual*, p. 141.

uma 'coisa' relação jurídica (Chiovenda), jurisdição (Dinamarco) ou o próprio processo (Fazzalari)⁷³.

Da mesma forma que, em resposta a Kant, quando este dizia que era um escândalo não termos ainda encontrado uma ponte entre consciência e mundo, Heidegger, em *Ser e Tempo*, afirma que o escândalo é ainda estarmos procurando esta ponte, dando à Filosofia a contribuição originária da constituição ontológica de ser-no-mundo (do *Ser-aí*). Precisamos, então, perceber o processo em seu vínculo originário com o ente que lhe dá sentido. Esse vínculo originário entre o processo e o *Ser-aí* só pode ser estabelecido através da relação jurídica, não mais como uma categoria jurídica (que figura ao lado da ação, jurisdição, procedimento etc...) a partir da qual seriam deduzidos vários conceitos (e.g., a Pandectística). Ou seja, a relação jurídica não serve para explicar, originariamente, o processo, mas permite compreendê-lo, na medida em que é a própria relação jurídica vista a partir da intersubjetividade, não mais do esquema sujeito-objeto, que possibilita a formação de toda a rede conceitual na qual a teoria processual se articula. Ninguém duvidará de que as relações jurídicas que se estabeleciam em função do homem do século XIX são profundamente diferentes daquelas que se constituem a partir do homem no século XXI. Não é porque a jurisdição como exercício do poder do Estado se transforma que, arbitrariamente, como num passe de mágica, as relações jurídicas se transformarão. Pelo contrário, são as relações jurídicas enquanto marcas indelévels da existência humana que, transformando-se, alteram a jurisdição ou mesmo o processo.

A relação jurídica é o instituto que melhor demonstra a conflituosidade que um caso jurídico proporciona, seja real ou fictício. A norma-decisão que surge para solucionar este caso é elaborada no momento em que a problematização é trazida à linguagem⁷⁴. O suporte fático presente em toda

⁷³ Cf. Georges ABOUD e Rafael Tomaz de OLIVEIRA. O dito e o não dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual, pp. 56/57.

⁷⁴ Consoante ensina Rafael OLIVEIRA: "normas não são coisas com um caráter significativo pre-determinado e nem tampouco categorias semânticas que operam deonticamente de uma maneira prévia, deslocada da existência". *Decisão judicial e o conceito de princípio*, p. 196.

relação e conflito jurídico é em essência inacessível, o que o jurista acessa são interpretações provenientes do acontecimento. No processo, essa assertiva fica evidente; o juiz, quando sentencia, não possui contato direto com o fato, o que ele acessa é a interpretação do acontecimento relatado pelas testemunhas e pelas partes ou então pela leitura dos autos, daí a importância da escrita como condição de acessibilidade para o suporte fático e para o próprio texto⁷⁵.

A interpretação do juiz na confecção da decisão processa-se na linguagem, seja interpretando textos, seja interpretando comportamentos, acontecimentos. A interpretação não é algo secundário na produção da sentença, e sim o que há de mais fundamental, não é possível sentenciar por lógica ou aplicação de alguma fórmula pré-estabelecida. Sempre que se elaboram equações ou fórmulas pré-estabelecidas para a realização da decisão judicial, incorre-se em silogismo. A interpretação também não se reduz apenas à ligação com obras e escritos. Essas próprias obras e discursos também são interpretações.

A sentença para o caso real é o corpo físico que concebe a norma, essa assertiva pode ser fundamentada em Figal, para quem os textos “dizem” algo, o que não significa que eles falem. Os textos só existem na escrita e a escrita sempre se cala. Contudo, há algo nos textos que copertence de tal modo ao pensamento, que poderíamos tomá-lo pelo pensamento, ele está fora, mas não separado do pensamento. Textos oferecem algo ao pensamento e com isso expõem a partir deles mesmos. Eles entregam algo que não se encontra neles próprios, eles proporcionam um sentido que confere significado, são os textos que “dão a entender” algo⁷⁶, na questão jurídica, a própria norma. A sentença enquanto texto (escrito ou lido), mais precisamente seu dispositivo, traz consigo o sentido que indica a direção, o deslinde da relação jurídica conflituosa. A norma não é algo palpável, fora do caso concreto em que se proferiu, ela não pode ser exportada para outro caso concreto e manter sua qualidade de norma.

⁷⁵ Günter FIGAL. *Oposicionalidade*, p. 77.

⁷⁶ Günter FIGAL. *Oposicionalidade*, pp. 81/82.

Ou seja, num processo em que o STF decidiu uma ADIn aplicando interpretação conforme à Constituição com efeitos *erga omnes* e vinculante, o dispositivo dessa sentença interpretativa diante do litígio no qual foi proferida constitui a norma; contudo, quando o dispositivo dessa sentença passa a ser aplicado para os demais casos, a qualidade de norma não é mantida, esse dispositivo de norma passa a ser texto normativo passível de nova interpretação a fazer surgir novas normas para cada caso concreto a ser decidido. Isso ocorre porque, no momento em que a norma é importada, ela se destaca de toda a historicidade e oposicionalidade que a fizeram surgir. O que se exporta é o texto escrito que, diante de um novo conflito, nova oposicionalidade, fará surgir uma nova sentença, conseqüentemente nova norma. A norma não é uma coisa em si que existe fora da problematização; para produzirmos a norma, precisamos contrapô-la às particularidades do conflito jurídico subjacente. É um equívoco do positivismo legalista considerar que seria possível em razão do efeito *erga omnes* de uma decisão, mecanicamente, solucionar diversos casos por silogismo. Acreditar nessa falácia permitiria, então, substituir o juiz por um autômato na aplicação do direito. A sentença com efeito vinculante e *erga omnes*, quando é aplicada em casos futuros, constitui textos a serem interpretados na produção da norma dos casos concretos sujeitos ao efeito vinculante; o que não se pode considerar é que a norma materializada no dispositivo de uma sentença com efeito *erga omnes* possa ser mecanicamente aplicada em casos futuros como se ela pudesse ser simplesmente importada uma vez que ela deve ser concretizada em cada caso jurídico quando exposta a outra oposicionalidade. De acordo com Figal, *nós não compreendemos apenas algo, mas sempre compreendemos também a relação entre a interpretação, ou seja, a apresentação e a coisa contraposta*⁷⁷.

⁷⁷ Günter FIGAL. *Oposicionalidade*, p. 150.

1.7 Direito material vs direito processual. Dualismo vs monismo. Superação da dicotomia diante do círculo hermenêutico.

Historicamente, tem sido alvo de polêmica⁷⁸ na seara processual a discussão acerca do monismo e dualismo no direito processual. Para a teoria dualista, duas ações podem ser identificadas: a ação de direito material e a ação de direito processual. Para esta corrente sob o aspecto processual, o direito subjetivo é uma categoria, comumente, estática, ao contrário da ação, pois esta “não é um direito subjetivo, pela singela razão de ser ela a expressão dinâmica de um direito subjetivo público que lhe é anterior e que a funda. A ‘ação’ no plano processual, em verdade, é a manifestação do direito público subjetivo que o Estado reconhece aos jurisdicionados de invocação da jurisdição⁷⁹”. O direito subjetivo apenas adquire dinamismo quando se materializa a pretensão, assim ele passa a ser judicialmente (pretensamente) exigível.

O processualista gaúcho continua sua exposição, demonstrando a distinção entre a *ação de direito material*, que seria o exercício do próprio direito por ato de seu próprio titular. Ocorre que esse “agir para a realização do *próprio direito* raramente é facultado ao respectivo titular sem que se lhe imponha a necessidade de veiculá-lo por meio da ‘ação’ processual, sob invocação de tutela jurídica estatal. Isso decorre da circunstância do monopólio da jurisdição pelo Estado, fenômeno esse de que deriva o surgimento de uma nova pretensão ao titular do direito subjetivo, agora dirigida contra o próprio Estado, para que este, verificando antes a existência do direito invocado, aja em lugar de seu titular, realizando-o⁸⁰”.

A teoria monista, por sua vez, baseada nas características da autonomia e abstração do direito de ação defende a impossibilidade de existência

⁷⁸ Sobre a polêmica v. Cândido Rangel DINAMARCO. Reflexões sobre direito e processo, in: *RT*, n. 432, pp. 23/37. Especialmente pp. 27/28. Propondo uma superação dessa dicotomia v. Hermes ZANETI JR. *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 210 *et seq.*

⁷⁹ Ovídio. A. BAPTISTA DA SILVA. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação, in: *Ajuris*, n. 29, pp. 99/126, especialmente, p. 101.

⁸⁰ Ovídio. A. BAPTISTA DA SILVA. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação, p. 105.

do direito e da norma fora do processo. É com o processo e com a sentença que nasce o direito subjetivo, antes dos quais não há senão interesses relevantes para o direito, interesses em conflito, mas não direito subjetivo⁸¹. Fazzalari critica a teoria monista utilizando a distinção entre normas substanciais e processuais. As normas processuais referem-se principalmente à organização da jurisdição; sua função precípua seria estruturar o processo para que os direitos contidos nas normas substanciais (direito material) possam ser tutelados. Fazzalari prossegue sua crítica, dispondo que a norma e o direito não nascem apenas com a intervenção do juiz, essa seria a raiz de todos os monismos da área latino-germânica, como se o direito insurgisse apenas no processo e pela mão do juiz. O processo não seria o criador da norma ou do direito subjetivo, estes já teriam sua existência assegurada no direito material, o que o processo faz não é criá-los, e sim assegurar sua proteção. O direito processual protege direitos já existentes contidos no direito material, nos ordenamentos modernos a função jurisdicional é instituída como tutela de posições substanciais pregressas⁸².

Não é o intuito da monografia examinar as duas correntes e com as nuances que as caracterizam⁸³. O escopo deste item é arrematar as premissas metodológicas que embasam a pesquisa. Diante de um acesso hermenêutico, o

⁸¹ Candido Rangel DINAMARCO. Reflexões sobre direito e processo, p. 25.

⁸² Elio FAZZALARI. *Instituições de Direito Processual*, pp. 133/134 e pp. 475/476. Para uma exposição da distinção entre direito material e formal em KELSEN cf. *Teoria pura do direito*, pp. 256/258.

⁸³ Para KELSEN, por exemplo, “todo ato criador de Direito deve ser um ato aplicador de Direito, quer dizer: deve ser a aplicação de uma norma jurídica preexistente ao ato, para poder valer como ato da comunidade jurídica. Por isso, a criação jurídica deve ser concebida com aplicação do Direito, mesmo quando a norma superior apenas determine o elemento pessoal, o indivíduo que tem de exercer a função criadora de Direito”, *Teoria pura do direito*, p. 262. O fato de a aplicação do direito em KELSEN ser um ato aplicador de norma jurídica preexistente não significa que esse ato seja meramente declaratório, ele também é constitutivo, afinal: “uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples ‘descoberta’ do Direito ou júris-‘dição’ (‘declaração’ do Direito) neste sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo. O tribunal que tem de aplicar as normas gerais vigentes de uma ordem jurídica a um caso concreto precisa de decidir a questão da constitucionalidade da norma que vai aplicar”, *Teoria pura do direito*, p. 264. KELSEN ressalta que a decisão judicial também possui normatividade, assim o Direito não pode apenas estar contido nas normas gerais e sim também na norma individual, isto se dá porque a decisão judicial é a continuação e não o começo do processo de criação jurídica. *Teoria pura do direito*, p. 265, p. 283. sobre a criação da norma jurídica individual em KELSEN cf. *Teoria pura do direito*, p. 271.

direito e a norma são produtos da linguagem. A norma somente adquire existência quando trazida à linguagem diante da problematização de um caso concreto, seja real ou fictício.

Sobre a polêmica, ela necessita de uma superação diante da hermenêutica porque, primeiramente, não é possível estabelecer proeminência do direito material sobre o processual nem o inverso. A dicotomia existente entre monismo e dualismo não resiste a um enfrentamento hermenêutico da polêmica. No plano hermenêutico é impossível absolutizar a distinção entre plano material e processual porque, ontologicamente, tanto o direito material quanto o processual estão no mesmo plano, ambos constituem textos normativos a serem interpretados, circularmente, uma vez que um não possui proeminência sobre o outro. Perante um acesso hermenêutico não se pode distinguir entre normas substanciais (materiais) e normas processuais, na medida em que a norma surge somente quando um caso jurídico real ou fictício é trazido à linguagem e interpretado, sem dizer que essa distinção seria meramente semântica. Todavia, essa crítica também não permite que a pesquisa seja associada ao monismo, porque a teoria monista, em regra, entende que o direito surgiria com a sentença judicial, consistindo esta em um ato de positivação de vontade (ora lei ora legislador), algo criticado mais ao norte da pesquisa.

Tendo por base a hermenêutica e a teoria estruturante de Müller, a norma é produzida na linguagem e produto da interpretação do jurista na solução dos casos. Ocorre que não apenas a sentença judicial é criadora de norma, a norma também pode ser criada pelo árbitro na formulação do laudo arbitral ou ainda em uma simples teorização diante de um caso fictício formulado em uma sala de aula. O caso judicial real não é elemento fundamental para a estruturação da norma. Esta somente pode ser conhecida e revelada na linguagem quando contraposta, quando analisada perante uma problematização que seria a fusão do suporte fático com os enunciados normativos que o regulamentam. A atividade interpretativa que busca solucionar, juridicamente, a problematização é a responsável pela criação da norma. A norma é obra do

jurista produzida na linguagem, e sem a presença da interpretação a obra não se faz presente⁸⁴.

A polêmica entre dualismo e monismo é anterior ao giro-lingüístico, na aplicação do direito o processo e direito material integram uma relação circular no plano da linguagem. A linguagem é o mundo interpretado pelo homem, é um acontecimento interpretativo da realidade⁸⁵, a distinção entre normas processuais e normas substanciais somente é possível num plano semântico⁸⁶, no qual a norma é considerada abstratamente e sem relação com a problematização de um caso concreto. A controvérsia em torno do dualismo e do monismo baseia-se na errônea separação entre o plano prático e o teórico do direito. Distinção esta que o conceito de *applicatio* gadameriana superou. A primeira antinomia que o conceito de *applicatio* supera é a distinção entre o jurista prático e o jurista historiador e teórico, ambos devem interpretar e criar a norma tendo em vista a compreensão consistente na mediação entre o passado e o presente. A aplicação jurisdicional e a não jurisdicional da lei diferem em relação à autoridade interpretativa que realiza a interpretação, todavia não há diferença qualitativa entre elas⁸⁷. A aplicação normativa é uma atividade estritamente hermenêutica, nela direito material e processo se fundem, não podem ser dissociados⁸⁸.

Destarte, o acesso hermenêutico ao processo, nos termos propostos pela pesquisa, implica a superação da polêmica dicotômica entre monismo e dualismo. Em relação ao monismo, não se deve mais conceber a

⁸⁴ Günter FIGAL. *Oposicionalidade*, p. 85.

⁸⁵ Osuna FERNÁNDEZ-LARGO. *La hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*, p. 113.

⁸⁶ O paradigma normativo que adotamos sustentado pela teoria estruturante de Friedrich MÜLLER e na hermenêutica filosófica de Gadamer nos afasta da concepção de norma de Kelsen como esquema de interpretação e também sua distinção entre normas gerais e individuais, cf. *Teoria pura do direito*, pp. 4/6.

⁸⁷ Osuna FERNÁNDEZ-LARGO. *La hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*, p. 92; pp. 96/97.

⁸⁸ Conforme ensina Friedrich MÜLLER: “A concretização de direito, impossível fora da linguagem, sempre é co-caracterizada por esse horizonte universal, pré-jurídico da compreensão. Ao lado dos seus problemas de interpretação, o texto, também o texto normativamente intencionado da norma jurídica, veicula ao mesmo tempo uma precedente referência material do intérprete a esses problemas”. *O novo paradigma do direito*, p. 80.

sentença como fonte única e criadora do direito nem como um simples ato silogístico de posituação de poder. A norma jurídica é criada diante de um caso concreto, seja ele real ou fictício, não tem existência abstrata. O dualismo, por sua vez, comete o equívoco de separar o direito material e processual como se fosse possível a existência de normas de direito material e normas de direito processual. Equivoca-se ao considerar a norma como algo já presente no texto da lei, mormente as de conteúdo material, restando ao processo a simples proteção dessas normas que já existem e são anteriores ao processo, são *ante casum*, quer dizer, têm existência abstrata. O direito material e o processual podem até distinguir-se textualmente, mas não ontologicamente, porque ambos são enunciados legislativos.

Na interpretação jurídica, o plano teórico não pode ser cindido do prático, desse modo, não é possível eleger como mais importante o direito material ou processual porque ambos estão em uma relação circular. Da mesma forma que a norma não está contida abstratamente no direito material, a norma não é apenas criada pela sentença judicial. É na linguagem que a norma é produzida com o intuito de solucionar um problema jurídico, seja real ou fictício. A solução de um caso jurídico problematizado durante uma palestra ou em sala de aula também permite a criação de uma norma. Obviamente a sentença judicial ainda, que não seja a única fonte criadora de normas, é a mais relevante, principalmente no que diz respeito à jurisdição constitucional. O objeto desse trabalho são as sentenças interpretativas proferidas no controle de constitucionalidade. Essas sentenças, na definição de Riccardo Guastini, são aquelas pronunciadas na jurisdição constitucional e que versam sobre a possibilidade hermenêutica da lei e não sobre o texto da lei em si⁸⁹. Consoante exposto ao longo de todo este primeiro capítulo, a norma, nos casos judiciais, não é algo abstrato e anterior à sentença. A norma é resultado da interpretação judicial consubstanciada no dispositivo da sentença.

Em relação às sentenças interpretativas, estas possuem efeitos *erga omnes* e vinculante tal como dispõe a CF 102 § 2.º; no instante em que o

⁸⁹ Cf. Riccardo GUASTINI. La “Constitucionalización” del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano, in: *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (org.). 2 ed. Madrid: Trotta, 2005, pp. 49/73.

STF profere uma sentença interpretativa, o dispositivo dela contém a norma a solucionar a ação direta de inconstitucionalidade ou a ação declaratória de constitucionalidade. Acontece que a sentença interpretativa possui efeitos *erga omnes* e vinculante, conseqüentemente, o dispositivo dessa sentença aplicativa vinculará a solução de outros casos jurídicos. Ocorre que o dispositivo da sentença, ao ser utilizado em casos futuros, não configura mais a norma em si, o texto do dispositivo que consubstanciou a norma do caso concreto em que foi proferida essa sentença interpretativa passa a consistir em enunciado normativo a solucionar casos futuros, dando origem a novas normas à medida que surgirem novas sentenças resolventes de novos casos jurídicos. As súmulas vinculantes são o exemplo mais claro de criação de enunciados normativos pelo STF; os enunciados vinculantes serão objeto do último capítulo da pesquisa⁹⁰.

Por fim, para se encerrar esta primeira parte metodológica da pesquisa, faz-se necessário salientar que todo esse embasamento para se distinguir texto e norma não possui um caráter meramente professoral, tem extrema relevância na atualidade em razão do recrudescimento das decisões manipulativas do STF, também daquelas que proferem a normatividade necessária à solução do caso concreto em mandado de injunção, tanto é que o Ministro Eros Grau, ao deferir o MI 712 e estabelecer os parâmetros do exercício de greve no serviço público, afirmou que sua decisão constituir-se-ia em norma para o caso concreto, contudo seria necessário que essa decisão fosse incorporada como texto normativo ao ordenamento brasileiro para ser interpretado e aplicado em futuros casos⁹¹.

⁹⁰ As sentenças interpretativas que versam sobre a possibilidade hermenêutica da lei além de não constituírem um resultado proveniente de um procedimento lógico e sim de um ato interpretativo produtivo e criativo. De acordo com WRÓBLEWSKI o que ressalta o caráter criativo das decisões interpretativas é a sua utilização nas soluções de casos jurídicos inferiores em um sistema de *statutory law*. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, p. 84.

⁹¹ Nos termos do voto, Eros Grau se manifestou dispondo que: "O Poder Judiciário, no mandado de injunção, produz norma. Interpreta o direito, na sua totalidade, para produzir a norma de decisão aplicável à omissão. É inevitável, porém, no caso, seja essa norma tomada como texto normativo que se incorpora ao ordenamento jurídico, a ser interpretado/aplicado. Dá-se, aqui, algo semelhante ao que se há de passar com a súmula vinculante, que, editada, atuará como texto normativo a ser interpretado/aplicado. Ademais, não há que falar em agressão à "separação dos poderes", mesmo porque é a Constituição que institui o mandado de injunção e não existe uma assim chamada "separação dos poderes" provinda do direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal como nela definida. Nada mais. No Brasil vale, em matéria de independência e

Capítulo 2. Efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

2.1 Processo constitucional. Natureza.

Importante destacar a distinção entre Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional, o primeiro consistiria nas disposições processuais que se encontram na Constituição Federal, enquanto o segundo seria a reunião dos princípios que regulam a denominada jurisdição constitucional⁹². Ambos compõem a justiça constitucional que se consubstancia na forma e instrumentos de garantia para a atuação da Constituição⁹³.

A pesquisa detém-se sobre o Direito Processual Constitucional, mais precisamente nos pronunciamentos oriundos do controle concentrado de constitucionalidade. No Brasil, o controle abstrato de constitucionalidade é atribuído ao STF (CF 102 I a). Os entes legitimados a dar início a esse processo estão contidos no art. 103 da CF.

O processo de controle abstrato de constitucionalidade “consiste num tipo de controlo abstracto de validade de normas exercido por via directa ou principal e que tem por finalidade essencial a eliminação do ordenamento, quer de normas jurídicas já publicadas que sejam julgadas inconstitucionais ou ilegais, quer de efeitos que as mesmas hajam produzido⁹⁴”.

harmonia entre os poderes e de “separação dos poderes”, o que está escrito na Constituição, não esta ou aquela doutrina em geral ma

I digerida por quem não leu Montesquieu no original. A este Tribunal incumbirá permito-me repetir se concedida a injunção, remover o obstáculo decorrente da omissão, definindo a norma adequada à regulação do caso concreto, norma enunciada como texto normativo, logo sujeito a interpretação pelo seu aplicador”, (STF, MI 712, voto do Min. Eros Grau, itens 40, 41 e 43 de seu voto). A especificidade da decisão oriunda do mandado de injunção será examinada em item próprio da pesquisa.

⁹² V. Nelson NERY JR. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9.ed. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 41 *et seq*; Karl Heinz SCHWAB. Divisão de funções e o juiz natural, in: *Revista de Processo*, n. 48, p. 125.

⁹³ Nelson NERY JR. *Princípios do Processo na Constituição Federal*, p. 41.

⁹⁴ Carlos BLANCO DE MORAIS. *Justiça Constitucional*. t. II. Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p. 151.

Trata-se de controle abstrato porque seu objeto é um ato normativo ainda que não tenha produzido efeitos jurídicos, poderá a lei até mesmo ser questionada durante sua *vacatio legis*. Sua função é retirar do ordenamento o ato normativo considerado inconstitucional, algo que não pode ser feito nem pelo controle difuso de constitucionalidade nem pelo controle de inconstitucionalidade por omissão⁹⁵. A decisão nesse processo produz efeito vinculante e *erga omnes*, algo inexistente no controle difuso. O ato normativo poderá ser suspenso com eficácia geral apenas quando o Senado emitir resolução nos termos do art. 52 X da Constituição.

No ordenamento português existe dispositivo semelhante, o art. 281 n.º 3 da Constituição da República Portuguesa prevê que no caso de uma norma vir a ser julgada inconstitucional em três casos concretos se torna possível desencadear, por iniciativa dos juízes do Tribunal Constitucional ou Ministério Público, o controle de constitucionalidade para que possa ser removida do ordenamento⁹⁶.

Nesse processo não existem legitimados passivos nos termos do processo civil comum, na medida em que não existe contraditório nesse processo, não há uma lide no sentido *carneuttiano*, porquanto não existem direitos subjetivos a amparar pretensões em conflito⁹⁷.

O processo de controle abstrato de normas não é um processo contraditório, não existem direitos subjetivos em litígio, trata-se de um processo objetivo sem contraditores, ainda que os autores do ato normativo *sub judice* possam ser ouvidos no processo, também não é um processo inquisitivo, não pode o órgão responsável por seu controle iniciá-lo *ex officio*⁹⁸. Nesse processo

⁹⁵ Carlos BLANCO MORAIS. *Justiça Constitucional*. t. II, pp. 152/153.

⁹⁶ Carlos BLANCO MORAIS. *Justiça Constitucional*. t. II, pp. 154/155.

⁹⁷ J. J. Gomes CANOTILHO faz essa ressalva indicando que o termo legitimado passivo não deve ser usado tecnicamente, contudo identifica o órgão que prolatou o ato normativo objeto de controle como legitimado passivo. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 979. Carlos BLANCO DE MORAIS por sua vez em nenhum momento que trata do tema indica legitimados passivos.

⁹⁸ J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 980.

não há sucumbência porque não existe “perdedor”, não há sujeito passivo que deverá sofrer os efeitos da sentença. Esse ponto é importante para evidenciar a não vinculação do legislador no controle abstrato de constitucionalidade que será tratado adiante.

Essa ressalva é fundamental, uma vez que é necessário distinguir e evidenciar a peculiaridade que possui o processo constitucional, porque em razão de sua natureza objetiva as decisões oriundas dele podem conseguir alcance inexistente no controle difuso. A peculiaridade do processo constitucional objetivo implica que a sentença e a coisa julgada provenientes dele também devem ser tratadas com total particularidade. Principalmente no que diz respeito à coisa julgada, sobre esse instituto trataremos em seguida. Não é possível conferir à coisa julgada existente em ADIn o mesmo tratamento conferido à coisa julgada do processo civil comum, porque não existem direitos subjetivos tutelados e acobertados pela coisa julgada.

No processo abstrato, como não existem direitos subjetivos, a coisa julgada não exerce sua clássica função de assegurar segurança jurídica e promover a pacificação social, substituindo a vontade das partes, até porque partes não há.

A doutrina⁹⁹ e o STF em alguns votos têm sinalizado para uma objetivação do controle difuso de constitucionalidade. Ocorre que essa chamada objetivação tem possibilitado decisões discricionárias por parte do STF, provocando decisões até mesmo contrárias a texto expresso da Constituição¹⁰⁰. Um desses exemplos é a decisão da Min. Ellen Gracie no Agravo de Instrumento n. 374011 (Informativo STF/365), que dispensou o preenchimento do requisito do

⁹⁹ Cf. Fredie DIDIER JR. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro, in: *Leituras complementares de direito constitucional*. Marcelo Novelino (org.). 2.ed. Salvador: Podium Ed., 2008, pp. 267/272.

¹⁰⁰ É claro que é possível a manutenção da higidez do sistema constitucional com o sistema difuso, por exemplo, utilizando instrumentos do sistema abstrato tal como a aplicação do art. 27 da Lei da ADIn ao controle difuso sobre o tema cf. Nelson NERY JR. Boa-fé objetiva e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior, In: *Efeito ‘ex nunc’ e as decisões do STJ*. São Paulo: Manole, 2008, p. 101.

prequestionamento de um recurso extraordinário, sob o fundamento de dar efetividade a posicionamento do STF sobre questão constitucional.

No voto, o recurso extraordinário foi equiparado a remédio de controle abstrato de constitucionalidade; assim, dispensou-se o prequestionamento para assegurar posicionamento do STF sobre matéria. Com a devida vênia, desse voto discordamos, não obstante as valorosas intenções que o motivaram, trata-se de decisão discricionária violadora de texto expresso da Constituição Federal. Quando a Constituição estabelece o prequestionamento (no sentido técnico, causas decididas)¹⁰¹ como requisito para a admissão do recurso extraordinário (CF 102 III), não pode o STF dispensá-lo em nenhuma hipótese, ainda que seja para assegurar posicionamento consolidado pela corte. Se prosperar esse posicionamento, o que impedirá que o STF dispense institutos como coisa julgada, ato jurídico perfeito ou direito adquirido a fim de assegurar seu posicionamento? Afinal os fundamentos para tanto seriam os mesmos, são casos em que a decisão do Supremo contraria texto expresso da Constituição.

Outro exemplo interessante dos riscos dessa suposta objetivação do controle difuso de constitucionalidade pode ser visualizado pela utilização da repercussão geral na Questão de Ordem em Recurso Extraordinário 576155-DF (cf. Informativo STF/510) da relatoria do Min. Ricardo Lewandowski. Nele, o

¹⁰¹ Importante esclarecer que a Constituição vigente não usou o termo prequestionamento, como também é inexacto afirmar que silencia a respeito ou que tenha sido criado pelas súmulas 282 e 356 do STF. De acordo com Nelson NERY JR.: “em suma, a competência recursal do STF e do STJ quanto aos recursos extraordinário e especial significa que só podem *redecidir* matérias que anteriormente tenham sido *decididas* nas instâncias ordinárias. Não podem, pela primeira vez, *decidir* matéria constitucional ou federal, em sede de recurso extraordinário ou de recurso especial. A exigência é constitucional, de modo que a lei ordinária (CPC e leis federais extravagantes) não pode dispensá-la. Assim, quando o CPC 267 § 3.º e 301 § 4.º, ao tratarem das questões de ordem pública, determinam que o juiz ou tribunal deve conhecê-las *ex officio*, a qualquer tempo e grau de jurisdição, pois só assim a interpretação dessas normas do CPC estará conforme a Constituição (*verfassungsmässige Auslegung von Gesetzen*). Por essa razão não se pode levar ao conhecimento do STF e do STJ matérias de ordem pública pela primeira vez, isto é, se não constarem expressamente do acórdão ou decisão, isto, se não estiverem dentro do ato judicial que se quer impugnar. Caso o juízo ou tribunal de origem não se tenha pronunciado sobre matéria de ordem pública, não terá decidido essa matéria, sendo inadmissível RE e REsp sobre essa questão não decidida. Para o cabimento dos recursos excepcionais é necessário que a matéria constitucional ou federal que se quer levar aos tribunais superiores tenha sido julgada, não bastando que pudesse tê-lo sido. De outra parte, não há necessidade de constar na decisão recorrida, expressamente o artigo da CF ou da lei para que se tenha a matéria como prequestionada. É suficiente, para tanto, que a questão tenha sido efetivamente “decidida”, conforme exige a CF 102 III e 105 III”. *Teoria geral dos recursos*. 6.ed. São Paulo: RT, 2004, pp. 292/293.

Tribunal, por maioria, acolheu QO suscitada pelo Min. Ricardo Lewandowski em RE do qual ele é relator, para sobrestar as causas relativas ao Termo de Acordo de Regime Especial – TARE - em curso no STJ e no TJ-DF até o deslinde da matéria pelo Plenário do STF, comunicando-se àquelas Cortes o teor da presente decisão. O Min. Marco Aurélio proferiu voto vencido, asseverando que não se poderia, simplesmente, em processo subjetivo, afirmar que as partes que estão litigando na origem, sem serem ouvidas, ficariam com os processos dos quais participam sobrestados, não dando o Estado a sequência que é própria à garantia de acesso ao Judiciário.

Essa decisão é paradigmática para evidenciar os riscos da objetivação do controle difuso de constitucionalidade, bem como o caráter ativista e discricionário que essa objetivação provoca. Primeiramente porque o STF, ao suspender os processos para que a decisão proferida sobre uma questão de direito seja aplicada uniformemente em casos nos quais também são discutidos direitos subjetivos, repristina uma espécie de advocatária, suspendendo processos que não estão sob sua jurisdição, provocando uma supressão de instâncias. Sem dizer que os processos paralisados, em razão de, frise-se bem, uma lide subjetiva no STF, ficam impedidos de ter seu direito resguardado, vez que *e.g.* não podem solicitar uma liminar, logo têm seu direito de ação violado (CF 5.º XXXV). A CF 102 § 2.º estabelece que apenas terão efeito vinculante as decisões definitivas de mérito proferidas em ADIn ou ADC. Essa decisão proferida na QO não é definitiva, também não é de mérito e não foi proferida em um processo objetivo. Essa decisão contraria expressamente o que dispõe a CF 102 § 2.º é violadora do direito de ação CF 5.º XXXV sem mencionar o caráter advocatário do provimento daí entendermos que assiste razão ao voto vencido. A repercussão geral é instituto presente no texto constitucional que se consubstancia em um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Não está autorizado o Supremo a lhe conferir esse caráter advocatário, que em última análise, implica a supressão do direito de ação, impedindo o particular de prosseguir com seu efeito, bem como a obtenção de tutelas de urgência.

Essas decisões são discricionárias e inconstitucionais porque violam texto exposto da Constituição, inaugurando um decisionismo de caráter

schmittiano incompatível com o Estado Democrático de Direito. É o teor literal da Constituição que demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, isto é, funcionalmente defensáveis e constitucionalmente toleráveis. Decisões que passam claramente por cima do teor literal da CF não são admissíveis¹⁰². Decisões contrárias ao texto constitucional teriam respaldo no decisionismo de Carl Schmitt. Esse autor distingue leis constitucionais (*Konstitutionen*) de Constituição (*Verfassung*), esta última seria a decisão política do titular do poder constituinte; assim, para se, supostamente, preservar a Constituição, seriam toleráveis decisões contrárias ao texto constitucional (lei constitucional¹⁰³). Essa doutrina de Carl Schmitt é incompatível com o Estado Democrático de Direito, porque todas as normas produzidas pela interpretação jurídica deverão ser comportadas pelo programa normativo (teor literal) da norma. O que não se pode admitir é que o órgão responsável pela guarda da Constituição se arrogue o poder de passar sobre o texto do diploma a que deve servir a fim de assegurar respeito e manutenção de sua jurisprudência. O STF, no afã de resguardar sua jurisprudência constitucional, não pode vilipendiar a própria Constituição proferindo decisões inconstitucionais.

2.2 Conceito de sentença e coisa julgada no direito processual.

No processo constitucional, o conceito processual de sentença é o mesmo do direito processual civil. Mesmo após a Lei 11232/05, manteve-se a teleologia como elemento caracterizador de todo pronunciamento do juiz juntamente com seu conteúdo. Quer dizer, tendo em vista o art. 162 § 1.º do CPC, *sentença é o pronunciamento do juiz que contém uma das matérias do CPC 267 ou 269 e que ao mesmo tempo extingue o processo ou a fase de conhecimento no primeiro grau de jurisdição*. Nesse conceito, processo deve ser considerado

¹⁰² Friedrich MÜLLER. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 64.

¹⁰³ Carl SCHMITT. *Teoría de la Constitución*, Madrid: Alianza Editorial, 1982, pp. 46/47.

como o conjunto de todas as relações processuais deduzidas cumulativamente ou processadas em *simultaneus processus*¹⁰⁴.

Após a edição da L 11232/05, uma parcela da doutrina reforçou seus argumentos para conceituar a sentença tendo em vista apenas seu conteúdo, desconsiderando sua teleologia¹⁰⁵. Bastaria que o pronunciamento do juiz contivesse conteúdo do CPC 267 ou 269 para que fosse considerado sentença e conseqüentemente apelável.

Esse posicionamento acarreta diversas complicações no curso de um processo, porque induz a se utilizar a apelação contra provimentos que excluem um dos réus de um processo ou ainda contra decisões que concedam a própria antecipação de tutela concedida antes da sentença final. Admitir apelação contra esses provimentos compromete todo o processo; afinal, ao litigante de má-fé bastaria alegar uma das exceções contidas no CPC 267 para após ser julgada improcedente, poder paralisar todo o processo utilizando a apelação contra esse provimento que não acatou a exceção arguida. A fim de evitar essa manobra, os defensores do novo conceito de sentença tentaram corrigir essa distorção, alegando que esses provimentos seriam passíveis de apelação por instrumento¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Nelson NERY JUNIOR e Rosa M. A. NERY. *Código de processo civil comentado*. 10.ed. São Paulo: RT, 2007, pp. 427/428.

¹⁰⁵ V. Teresa Arruda ALVIM WAMBIER. O conteúdo das decisões judiciais como fator determinante para sua classificação e para a indicação dos recursos cabíveis, in: *Revista de Processo*, n. 162, pp. 273/296 especialmente p. 283. Jorge de Oliveira VARGAS. O novo conceito de sentença e o recurso daquela que não extingue o processo: apelação ou agravo de instrumento?, in: Nelson Nery Junior; Teresa Arruda Alvim Wambier (orgs.). *Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis*, v. 11., São Paulo: RT, 2007. Luiz Guilherme da Costa WAGNER JÚNIOR. O novo conceito de sentença e os reflexos na escolha dos meios de impugnação cabíveis diante dos pronunciamentos judiciais: a aplicação do princípio da fungibilidade, In: Nelson Nery Junior; Teresa Arruda Alvim Wambier (orgs.). *Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis*, v. 11., São Paulo: RT, 2007. Em sentido contrário cf. Nelson NERY JR. Conceito sistemático de sentença: considerações sobre a modificação do CPC 162, § 1, que não alterou o conceito de sentença, in: *Estudos em homenagem a Humberto Theodoro Junior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008; Eduardo CAMBI. Notas sobre questões recursais envolvendo a aplicação do art. 285-A do CPC, in: Nelson Nery Junior; Teresa Arruda Alvim Wambier (orgs.). *Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis*, v. 11., São Paulo: RT, 2007; Araken de ASSIS. *Manual dos Recursos Cíveis*. 2.ed. SP: RT, 2008, p. 383.

¹⁰⁶ Cf. Luiz Guilherme da Costa WAGNER JÚNIOR. O novo conceito de sentença e os reflexos na escolha dos meios de impugnação cabíveis diante dos pronunciamentos judiciais, p. 197; Jorge de Oliveira VARGAS. O novo conceito de sentença e o recurso daquela que não extingue o processo, p. 156.

Com a devida vênia, esse posicionamento não merece acolhida, primeiramente, apelação por instrumento é um recurso que não existe em nossa ordenança, porquanto não atende ao princípio da taxatividade dos recursos. A segunda razão é o fato de a apelação por instrumento tal como proposta pela doutrina consistir meramente no agravo de instrumento, que é o recurso adequado para rebater esses provimentos. Logo, a apelação por instrumento, se interposta no prazo de dez dias, deverá ser admitida e recebida como agravo; se interposta fora desse prazo, deverá ser considerada intempestiva ainda que ajuizada dentro dos quinze dias permitidos para a apelação, porque de apelação não se trata.

Conceituar a sentença tendo em vista simplesmente o conteúdo do pronunciamento judicial quebra a sistematicidade de nosso sistema recursal e introduz a teratológica figura da apelação por instrumento. Examinar, ainda que de maneira breve, a questão recursal em outros ordenamentos contribui para aclarar a polêmica.

No ZPO alemão, o § 301 1 dispõe sobre a apelação da sentença parcial: “En caso de que solo una de las pretensiones o parte de una se haya hecho valer en una demanda o en caso de interposición de una contrademanda, siendo que solo la demanda o la contrademanda se encuentran en condiciones de ser resueltas, El tribunal tiene entonces que pronunciar una sentencia definitiva (sentencia parcial). Sobre la parte de una pretensión que es controvertida en su causa y monto puede decidir-se solo mediante sentencia parcial, cuando se pronuncie una sentencia con reserva de liquidación sobre la parte restante de la pretensión¹⁰⁷”.

Sentença parcial seria *Teilurteil*, no Tratado de Rosenberg tem a denominação de sentença interlocutória¹⁰⁸. De acordo com o autor, estão sujeitas

¹⁰⁷ Tradução de Álvaro J. Pérez RAGONE e Juan Carlos Ortiz PRADILLO. *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*. Montevideu: Konrad-Adenauer, 2006, p. 234.

¹⁰⁸ Cf. Leo ROSENBERG. *Tratado Procesal Civil*. v. II. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1955, p. 355. Conforme ensina Otto MAYER *Teilurteil* são os provimentos que se limitam a resolver definitivamente uma certa parte dos litígios levados ao conhecimento do tribunal. Resolvem uma pretensão no processo. *Derecho Administrativo Alemán*. 2.ed. t. I. Parte General. Buenos Aires: Depalma, 1982, p. 270.

em princípio a impugnação mediante apelação ou revisão [cassação] porém apenas junto com a sentença final que preparam¹⁰⁹.

O ZPO 511 1 regra a apelação contra as sentenças definitivas estabelecendo que: “1) La apelación procede contra las sentencias definitivas pronunciadas en primera instancia¹¹⁰”.

Esse enunciado é complementado pelo ZPO 512: “Aquellas resoluciones que fueron pronunciadas con anterioridad a la sentencia definitiva también se encuentran sujetas a la decisión del tribunal de alzada, en tanto no sean consideradas por las disposiciones de esta ley como inimpugnables o con relación a ellas se admitá solo la queja inmediata¹¹¹” [beschwerde].

Para finalizarmos o exame, merece destaque o § 280 2 do ZPO: “En caso de ser pronunciada una sentencia incidental [*interlocutória*], esta debe ser vista como sentencia definitiva en lo que corresponda a los recursos. El tribunal puede, sin embargo, a petición de parte, ordenar si continúa el tratamiento de la causa principal¹¹²”. A sentença incidental, mesmo que parcial, deve seguir o regime da definitiva, o recurso hábil para atacá-la é a apelação. Ao apreciar o recurso, o Tribunal decide se é possível continuar o exame da causa principal, contudo, em regra, a recorribilidade deve ser feita juntamente com a sentença final definitiva.

Diante dos dispositivos legislativos expostos, podemos concluir que a apelação é procedente contra as sentenças definitivas (ZPO § 511).

¹⁰⁹ Leo ROSENBERG. *Tratado Procesal Civil*. v. II. p.355.

¹¹⁰ Álvaro J. Pérez RAGONE e Juan Carlos Ortiz PRADILLO. *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*, p. 282.

¹¹¹ Álvaro J. Pérez RAGONE e Juan Carlos Ortiz PRADILLO. *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*, pp. 282/283.

¹¹² Álvaro J. Pérez RAGONE e Juan Carlos Ortiz PRADILLO. *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*, p. 228.

Também é parcialmente admissível contra as sentenças interlocutórias (ZPO § 280 2 e ZPO § 304 2) e contra as sentenças com reservas (ZPO § 302 3)¹¹³.

Sentença interlocutória tem por objeto decidir apenas uma questão processual e não põe fim nem total nem parcial ao processo; por outro lado, a sentença parcial diz respeito a uma espécie de sentença que, sendo definitiva, põe fim ao processo em relação a determinada pretensão¹¹⁴.

Em razão do que dispõe o ZPO para as sentenças parciais (incidentais) - nossas interlocutórias -, elas podem ser apeláveis em razão de previsão expressa, de acordo com o ZPO § 280 2, a sentença parcial é equiparada à definitiva para fins recursais passível de apelação; contudo, de acordo com Rosenberg, a sentença parcial deveria ter seu recurso processado juntamente com a decisão definitiva. O ZPO por medida expressa no § 280 2 equipara para efeitos de recurso a decisão interlocutória à sentença definitiva; em nossa ordenança essa equiparação não está prevista e não pode ser feita pelo intérprete. As sentenças incidentais que para efeitos recursais se consideram como definitivas são impugnáveis pela apelação (ZPO 304 2); quanto às sentenças incidentais recaídas em incidentes com terceiros, recorre-se mediante queixa imediata (ZPO 387 3)¹¹⁵.

No CPC não existe previsão expressa nem para a apelação instrumental nem para o fato de que as decisões judiciais que seriam sentenças parciais (parece ser a que indefere uma pretensão *e.g.*, a que indefere o pedido de reconvenção, a ser tratada como interlocutória) ou incidentais (conceito que se aproxima de nossas interlocutórias aquelas que não extinguem necessariamente uma pretensão, em regra aquelas que seriam passíveis de agravo retido no curso da audiência) deveriam seguir o regime das sentenças definitivas e assim passíveis de apelação. Entender que sentença é toda decisão que contenha

¹¹³ Álvaro J. Pérez RAGONE e Juan Carlos Ortiz PRADILLO. *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*, p. 120.

¹¹⁴ Nota 19. Álvaro J. Pérez RAGONE e Juan Carlos Ortiz PRADILLO. *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*, p. 234.

¹¹⁵ Adolfo SCHÖNKE. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Bosch, 1950, p. 300.

matéria do CPC 267 ou 269 levaria a se afirmar que a própria tutela antecipada seria apelável, vez que contém matéria do art. 269, I(?). Em razão da nomenclatura adotada pelo nosso CPC, não se deve utilizar o termo sentença parcial, porque se trataria de decisão interlocutória; sentença em nossa ordenança processual civil é apenas a definitiva; as demais são interlocutórias. Nosso CPC, ao contrário do ZPO, não estabelece a classificação dos atos recorríveis em sentença definitiva, parcial e incidental, e sim em sentença sempre definitiva e decisões interlocutórias independentemente de seu conteúdo, mas que não encerram o processo, ainda que julguem extinta por exemplo determinada ação¹¹⁶.

Em relação ao processo constitucional, a sentença deve ser considerada o ato jurisdicional que examina o mérito acerca da (in)constitucionalidade e encerra o processo. Essa é a definição de Edgar Corzo Sosa com base no art. 86.1 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol, afirmando que a sentença é a resolução processual mediante a qual se resolve o mérito da controvérsia objeto da questão de constitucionalidade¹¹⁷. No mesmo sentido manifesta-se María Mercedes Serra Rad, conceituando a sentença como ato processual / decisão de um colégio de juízes que põem fim ao processo¹¹⁸.

A teoria que classifica a sentença considerando apenas o seu conteúdo, e não a sua teleologia, acarreta diversos inconvenientes no processo civil comum. Além disso, em relação ao processo constitucional pode provocar mais um gravame, uma vez que, de acordo com o art. 102 § 2.º da CF, apenas as sentenças definitivas de mérito poderão ter efeito vinculante. Somente, as

¹¹⁶ No Direito Argentino parece ocorrer fenômeno parecido, as sentenças interlocutórias (CPA 161) somente são suscetíveis de recurso de apelação em conjunto com a sentença definitiva. Victor de SANTO. *Diccionario de Derecho Procesal*. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Universidade, 1995, p. 394. A sentença definitiva é conceituada no CPA como ato do órgão jurisdicional em virtude do qual esgotadas as etapas de iniciação e desenvolvimento decide acolher ou denegar a atuação da pretensão que foi objeto do processo¹¹⁶. Prossegue o autor definindo o conceito: “de esta definición surge, en primer lugar, que la sentencia constituye un acto mediante el cual normalmente concluye todo tipo de proceso judicial, sea contencioso o voluntario” Victor de Santo. *Diccionario de Derecho Procesal*, p. 396.

¹¹⁷ Edgar Corzo SOSA. *La cuestión de inconstitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 528.

¹¹⁸ María Mercedes SERRA RAD. *Procesos y recursos constitucionales*. Buenos Aires: Depalma, 1992, p. 63.

sentenças, ou seja, pronunciamentos que encerram o processo, poderão ter efeito vinculante; desse modo, cautelares ou provimentos incidentais não poderão ser dotados desse efeito por afrontarem teor literal expresso da CF 102 § 2.º.

Assim, se o critério para classificar as sentenças constitucionais for simplesmente o conteudístico, diversos provimentos, inclusive cautelares, poderão ser enquadrados como sentença e conseqüentemente possuir efeito vinculante, violando a CF 102 § 2.º. Portanto, deve-se ressaltar que sentença constitucional é aquela que, além de examinar o mérito acerca da (in)constitucionalidade, extingue o processo iniciado pela ADIn, ADC ou ADPF, cabendo efeito vinculante apenas a esse provimento que extingue o processo.

Diante do que foi exposto, podemos conceituar a sentença constitucional como: ato processual, realizado por um órgão colegiado do STF, que, ao examinar o mérito do processo, decide acerca da inconstitucionalidade ou constitucionalidade (ADIn/ADPF/ADC) de determinado texto normativo, sobre a inconstitucionalidade em razão de omissão legislativa (ADIO), ou pronuncia a normatividade necessária ao exercício de algum direito fundamental em razão da ausência legislativa (MI), sempre extinguindo o processo. Se o provimento do Supremo apenas encerrar o processo sem examinar seu mérito, decidindo *e.g.*, pela ilegitimidade ativa da ADIn, por ser ato que encerra o processo, também será sentença, contudo não estará englobada nas decisões judiciais objeto da pesquisa, porquanto não estará apta a produzir coisa julgada material e seus efeitos *erga omnes* e vinculantes.

2.3 Sentença constitucional como categoria triédica. Sentença como atividade interpretativa e integradora do direito.

A sentença constitucional pode ser examinada sob três dimensões, daí categorizá-la como triédica. A primeira consiste na sentença como ato jurisdicional. Essa dimensão, em nossa opinião, é incontestável nas sentenças constitucionais, pois, apesar da particularidade que possuem, a

atividade no controle de constitucionalidade é jurisdicional. A sentença constitucional tem natureza processual e produz coisa julgada material.

A outra dimensão da sentença constitucional é sua natureza política, é na jurisdição constitucional que o aspecto político e jurídico se interligam¹¹⁹. Na definição de Fernandez Segado, a sentença constitucional é, por sua vez, realidade política e jurídica fundidas em um único ato. Essa característica é seu risco e também sua riqueza e virtude¹²⁰.

A terceira dimensão que caracteriza as sentenças constitucionais e a que mais interessa para a pesquisa ao lado do aspecto jurídico e político da sentença agrega-se a um terceiro elemento, qual seja, a sentença constitucional importa uma realidade interpretativa ou integradora do direito, ou seja, um ato hermenêutico. A sentença constitucional é um instituto triédico; ao lado de seu

¹¹⁹ Cf. María Mercedes SERRA RAD. *Procesos y recursos constitucionales*, p. 64. Marcelo NEVES a partir de Luhmann ensina que a Constituição realiza o acoplamento estrutural entre o direito e a política, assim: “a Constituição também pode ser concebida como instância interna do sistema político. Antes de tudo, pode ser vista como um mecanismo da política, seja esta ‘instrumental’ ou ‘simbólica’. Sendo assim, sempre é possível que o sentido político e o jurídico da Constituição desenvolvam-se em descompasso maior ou menor. Mas nos casos de simbolismo e instrumentalismo constitucional não está presente o Estado de Direito, isto é, o conceito de Constituição como instrumento da política não exclui as situações de destruição direta ou corrosão do acoplamento estrutural entre política e direito, que implicam a quebra da própria autonomia do sistema jurídico. Ao contrário, no âmbito do Estado de Direito e em consonância com a noção sistêmica de acoplamento estrutural, a Constituição reingressa no interior do sistema político como mecanismo que viabiliza a inserção do código ‘lícito/ilícito’ como segundo código da política. Nessa perspectiva, imuniza o sistema político em relação às pressões particularistas concretas. Trata-se de uma imunização jurídica recepcionada internamente pelo sistema político na construção de sua própria autonomia. Tal imunização envolve sobretudo a institucionalização do procedimento eleitoral democrático como forma de ‘generalização do apoio político’, que serve de empecilho à manipulação do sistema político por interesses particularistas e encerra, indissociavelmente, a formação pluripartidária do parlamento, incompatível com o mandato imperativo. Mas também protege o sistema político, mediante a instituição da ‘divisão de poderes’ contra uma expansão destrutiva da própria autonomia. Como acoplamento estrutural entre política e direito e assim, por reingresso (*re-entry*), mecanismo de autonomia de cada um desses sistemas, a Constituição do Estado Democrático de Direito institucionaliza tanto o procedimento eleitoral e a ‘divisão de poderes’ quanto os direitos fundamentais. Aqueles configuram exigências primariamente políticas, estes jurídicas. Trata-se, porém, de instituições inseparáveis na caracterização do Estado Democrático de Direito. Assim é que a eleição como procedimento político importa o voto como direito fundamental, a ‘divisão de poderes’, o controle jurídico da política mediante, sobretudo, as garantias fundamentais contra a ilegalidade do poder”. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 101/102.

¹²⁰ Francisco Fernandez SEGADO. La jurisdicción constitucional en España, in: *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Garcia Belaunde / Fernandez Segado (orgs.). Madrid: Dykinson, 1997, p. 668.

aspecto político e jurídico existe o hermenêutico-constitucional¹²¹. A sentença constitucional é manifestação da atividade integradora e interpretativa do ordenamento em seu conjunto¹²². As sentenças constitucionais são fontes do direito, conferem integralidade ao ordenamento, interpretando e corrigindo a atuação legislativa e orientando a atuação administrativa¹²³.

O caráter hermenêutico da sentença adquire especial relevo diante da concepção pós-positivista da sentença que propomos. A sentença, ao estabelecer a norma para o caso concreto que decide, no controle abstrato, passa a ser enunciado normativo a orientar a aplicação de casos futuros. Esses enunciados são fontes normativas importantíssimas do sistema, porque juntamente com a legislação formam os textos normativos que orientarão a aplicação do direito nos juízos *a quo*. As sentenças constitucionais, mormente as interpretativas, em razão de sua dimensão integradora e interpretativa, guardam semelhança com o precedente do *stare decisis* como fonte do direito. Frise-se que elas se assemelham àquele regime no que diz respeito a constituírem importante fonte do direito e não no que diz respeito ao seu efeito vinculante, que no regime do *stare decisis* é muito mais flexível e incide muito poucas vezes nas questões constitucionais.

2.4 Princípios informadores da sentença constitucional.

A sentença constitucional, apesar das exclusividades que a caracterizam, possui como princípios informadores alguns princípios do processo civil comum. Sempre lembrando que a sentença constitucional tem uma natureza específica, o que impede sua equiparação às sentenças provenientes da justiça

¹²¹ María Mercedes SERRA RAD. *Procesos y recursos constitucionales*, p. 65.

¹²² Carmen BLASCO SOTO. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1995, p. 41.

¹²³ Obviamente que, ao serem classificadas como fontes do direito, as sentenças constitucionais da maneira que examinamos comportam uma dimensão criadora do direito, da qual podem ser extraídos diversos pontos polêmicos, dentre os quais a possível usurpação da competência legislativa. Esse conflito surge com maior intensidade diante das sentenças manipulativas que serão objeto de análise em item específico da monografia.

ordinária, as decisões do STF são oriundas de uma instância suprema constitucional e como tais têm em alguns casos um valor peculiar¹²⁴.

2.4.1 Princípio da congruência.

O juiz constitucional, de modo similar ao juiz ordinário, deve resolver a questão constitucional de maneira análoga ao juiz comum. As sentenças devem guardar estrita relação entre a demanda e o pronunciamento. Contudo, no processo constitucional, o princípio da congruência sofre temperamentos, porque permite estender a declaração de inconstitucionalidade sobre preceitos não impugnados na ação, mas cuja declaração de inconstitucionalidade é imprescindível¹²⁵.

Pode ainda o juiz constitucional alterar a causa de pedir¹²⁶, pode o juiz elaborar sua decisão com motivação distinta da alegada no pedido¹²⁷. Questão polêmica que surge no cenário nacional é se o STF, ao apreciar uma ADIn e ao julgá-la procedente, pode decidir pela constitucionalidade do ato

¹²⁴ Cf. Francisco Fernandez SEGADO. La jurisdicción constitucional en España, p. 668.

¹²⁵ Cf. María Mercedes SERRA RAD. *Procesos y recursos constitucionales*, p. 67.

¹²⁶ Nesse sentido já se manifestou o STF: “Ultimamente, para evitar verdadeiro duplo julgamento, vem-se acionando, nas ações diretas de inconstitucionalidade, a LADIn 12, partindo-se para o julgamento definitivo da ação. É de frisar que, no processo objetivo, a Corte atua sem vinculação à causa de pedir constante da petição inicial” (STF, RE 505477-SP, rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, j. 25.5.2007, DJU 15.6.2007, p.103). Em outra oportunidade: “O Plenário desta colenda Corte, ao julgar a ADIn 2031, rejeitou todas as alegações de inconstitucionalidade do ADCT 75 *caput* e dos §§ 1.º e 2.º introduzidos pela EC 21/99. Isto porque as ações diretas de inconstitucionalidade possuem causa *petendi* aberta. É dizer: ao julgar improcedentes ações dessa natureza, o STF afirma a integral constitucionalidade dos dispositivos questionados (STF, 1.ª T., AgRgRE 431715-MG, rel. Min. Carlos Britto, j. 19.4.2005, v.u., DJU 18.11.2005, p. 8)”.

¹²⁷ Nesse sentido cf. María Mercedes SERRA RAD. *Procesos y recursos constitucionales*, p. 68; J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 980.

normativo *sub judice*. Parcela da doutrina¹²⁸ e da jurisprudência consideram a ADIn e a ADC como ação dúplice¹²⁹.

A ADIn e a ADC não podem ser consideradas a mesma ação com sinal trocado. O julgamento improcedente da ADIn não deve autorizar a declaração de constitucionalidade do ato normativo em questão. Isso porque, ainda que de maneira temperada, o princípio da congruência vige no processo constitucional; mesmo que a causa de pedir possa ser alterada, em nenhuma hipótese está autorizada a alteração do pedido; nesse sentido o Tribunal Constitucional Português já decidiu que os seus poderes de cognição estão condicionados pelo pedido mas não pela causa de pedir¹³⁰.

A ação é caracterizada pelo seu pedido; caso se permita a algum tribunal realizar a alteração do pedido, está se autorizando a esse tribunal que modifique a ação. Permitir-se essa teratologia é admitir que o tribunal de forma

¹²⁸ Defendendo a ambivalência v. Gilmar Ferreira MENDES. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 122; Teori Albino ZAVASCKI. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001, pp. 45/48.

¹²⁹ No sentido que criticamos: “Aceita a idéia de que a ADC configura uma ADIn com sinal trocado, tendo ambas caráter dúplice ou ambivalente, afigura-se difícil admitir que a decisão proferida em sede de ADIn seria dotada de efeitos ou consequências diversos daqueles reconhecidos para a ADC. Argumenta-se que, ao criar a ADC lei federal, estabeleceu o constituinte que a decisão definitiva de mérito nela proferida incluída aqui, pois, aquela que, julgando improcedente a ação, proclamar a inconstitucionalidade da norma questionada ‘produzirá eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo’ (CF 102 § 2.º). Portanto, sempre se me afigurou correta a posição de vozes autorizadas do STF, como a de Sepúlveda Pertence, segundo a qual, ‘quando cabível em tese a ADC, a mesma força vinculante haverá de ser atribuída à decisão definitiva da ADIn (STF, Pleno, Rcl 2256-RN, voto do Min. Gilmar Mendes, j. 11.9.2003, DJU 30.4.2004, p. 34)”. Contudo, esse posicionamento não é pacífico no STF encontrando-se decisões em sentido contrário: “É fora de dúvida que o objetivo da agravante alcançar declaração de constitucionalidade em sede de ADIn não encontra respaldo jurídico. Isso porque, na eventual existência de interpretações díspares quanto a determinado ato normativo, o ordenamento jurídico brasileiro prevê ação própria, cuja finalidade é a de dirimir divergências na aplicação do preceito. Lembro a observação de José Ignacio Botelho de Mesquita: ‘o risco de, ao demandar a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, provocar a declaração de sua constitucionalidade com eficácia *erga omnes*, constitui um fator do mais alto grau de desestímulo à iniciativa de propor uma ADIN’. Além disso, a lei hoje declarada constitucional pode em oportunidade posterior vir a ser julgada inconstitucional (STF, AgRgADIn 3218-CE, rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, j. 28.2.2005, DJU 7.3.2005, p. 48).

¹³⁰ J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 980. No mesmo sentido cf. María Mercedes SERRA RAD. *Procesos y recursos constitucionales*, p. 68. José Ignacio BOTELHO DE MESQUITA critica o caráter ambivalente dessas ações, afirmando que: “o risco de, ao demandar a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, provocar a sua declaração de sua constitucionalidade com eficácia *erga omnes*, constitui um fator do mais alto grau de desestímulo à iniciativa de propor uma ADIn”. O desmantelamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, in: *Revista do Advogado*, n. 67, p. 92.

transversa inicie processo *ex officio*, porquanto pode alterar o pedido, ou seja, estabelecer nova ação.

É vedado ao STF modificar o pedido no controle abstrato de constitucionalidade, sem dizer do risco que é para a ordenança atribuir-se efeitos *erga omnes* e vinculante para as decisões declaratórias de constitucionalidade. O risco existe porque, se o STF decidir erroneamente sobre a constitucionalidade de determinado dispositivo legal, praticamente não haverá maneira de controlar suas decisões. Esse alerta é demonstrado por Rui Medeiros: as decisões do STF que declaram a constitucionalidade de determinado dispositivo legal dificilmente poderão ser corrigidas por outro órgão do Estado, “o poder incontrolável de decidir infalivelmente da constitucionalidade da lei, tornando-o num árbitro irresponsável da vida do Estado e em dono, em vez de servo da Constituição¹³¹”.

Daí ser materialmente inconstitucional o art. 24 da L 9868/99¹³², que atribui esse caráter ambivalente à ADIn. Wssa naturalidade que o caráter ambivalente possui não passa de *flatus vocci*; não é pacífico ou lógico que o simples fato de um texto normativo não ser declarado inconstitucional ser conseqüentemente julgado constitucional. Essa ambivalência não tem respaldo no direito comparado, até porque no direito estrangeiro não há a figura da Ação Declaratória de Constitucionalidade¹³³.

¹³¹ Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Ed., 1999, p. 837. Em sentido próximo, Carlos BLANCO DE MORAIS disserta que: “não faria sentido blindar uma lei contra impugnações futuras, não só porque podem existir vícios de inconstitucionalidade não evidentes e não constantes do pedido que podem ter passado despercebidos, mas porque também a evolução temporal e circunstancial pode gerar inconstitucionalidades supervenientes de carácter deslizando que passariam a ser injustificadamente imunes a qualquer controlo”. *Justiça Constitucional*. t. II., p. 180.

¹³² Esse dispositivo legal também é alvo de crítica da doutrina estrangeira cf. Jorge MIRANDA. Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade, in: *Estudos em homenagem ao prof. Dr. Inocêncio Galvão Telles*, Coimbra: Almedina, 2002, p. 813.

¹³³ Nesse sentido v. Lenio Luiz STRECK. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, p. 570. Para uma crítica contundente sobre a natureza dúplice cf. Nelson NERY JUNIOR e Rosa M. A. NERY. *Constituição Federal Comentada*. 2.ed. São Paulo: RT, 2009, coment. 24 CF 102, pp. 478/479.

2.4.2 Princípio da motivação.

O princípio da motivação adquire importância à medida que a sentença proveniente do controle abstrato de constitucionalidade passa a ser vista como algo que possui natureza jurisdicional e não meramente legislativa. Isso porque Kelsen pouco se dedicou à questão da motivação da sentença constitucional tendo em vista que a decisão constitucional é um ato meramente legislativo negativo, a motivação seria pouco mais que a exposição de motivos de um legislador negativo¹³⁴.

A Constituição, em seu artigo 93 inciso IX, estabelece a obrigatoriedade de fundamentação em todas as decisões judiciais. Com maior razão a sentença constitucional, pela aplicabilidade que possui em casos futuros e pelos efeitos vinculantes que carrega, deverá ser sempre motivada, até porque a motivação da sentença é importante para melhor interpretação e identificação do dispositivo¹³⁵. Assim, as sentenças constitucionais devem conter uma completa fundamentação; um déficit de fundamentação é na realidade um déficit de legitimação da atividade da corte. A Corte Constitucional é o órgão de fechamento do sistema jurídico, é o porta-voz do pacto constitucional. Nas democracias pluralistas, a interpretação do texto constitucional significa, essencialmente, a exata determinação e declaração dos valores fundados no pluralismo, assim, entre eles ponderados e balanceados no juízo da Corte. Desse modo, a motivação é constitucionalmente obrigatória porque é nela que o balanceamento e a evolução histórica da interpretação constitucional pode ser compreendida¹³⁶.

¹³⁴ Cf. Carmen BLASCO SOTO. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, p. 78.

¹³⁵ Sobre a motivação da sentença constitucional no direito comparado v. Adele ANZON. La motivazione delle decisioni della Corte Suprema statunitense (struttura e stile), in: *La motivazione delle decisioni della corte costituzionale a cura di Antonio Ruggeri*. Torino: G. Giappichelli Ed., 1993, pp. 51/53; Jörg LUTHER. La motivazione delle sentenze costituzionali in Germania, In: *La motivazione delle decisioni della corte costituzionale a cura di Antonio Ruggeri*, pp. 94/106; Paolo CARROZZA. Spunti comparatistici in tema di motivazione delle sentenze costituzionali (tra judicial review of legislation e costituzional adjudication), in: *La motivazione delle decisioni della corte costituzionale a cura di Antonio Ruggeri*, pp. 153/166. Sobre o tema ver pp. 67/73.

¹³⁶ Cf. Francesco RIGANO. L'obbligo di motivazione, in: *La motivazione delle decisioni della corte costituzionale a cura di Antonio Ruggeri*, pp. 276/289, especialmente p. 288.

A motivação é imprescindível para a defesa contra decisionismos e arbitrariedade pela Corte Constitucional. Tanto é que Jose Carlos Barros Moreira considera a motivação das decisões judiciais garantia constitucional do cidadão inerente ao Estado Democrático de Direito¹³⁷. Nesse sentido merece transcrição passagem da obra de Taruffo dedicado ao tema:

De tale superamento discende anzitutto che la motivazione non possa essere concepita soltanto come tramite di un controllo 'istituzionale' (ossia nei limiti e nelle forme disciplinate dal vigente sistema delle impugnazioni, ma anche, e specialmente, come strumento destinato a rendere possibile un controllo 'generalizzato' e 'diffuso' sul modo in cui il giudice amministra la giustizia. In altri termini, ciò implica che i destinatari della motivazione non siano soltanto le parti, i loro avvocati e il giudice dell'impugnazione, ma anche l'opinione pubblica intesa nel suo complesso, sia come opinione del 'quisque di popolo'¹³⁸.

Em conformidade com o que expõe Michele Taruffo, maior ênfase deve ser dada à motivação das decisões de inconstitucionalidade porque essas são, diretamente dirigidas à sociedade; afinal, o interesse que tutelam é o difuso, por conseguinte, recrudescer a importância da fundamentação desses provimentos, a fim de evitar arbitrariedade e discricionariedade em decisões do Judiciário.

¹³⁷ José Carlos BARBOSA MOREIRA. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito*, in *Temas de Direito Processual Civil segunda série*, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 95. Nesse sentido: merece destaque a seguinte passagem de Liebman: "Em um estado-de-direito, tem-se como exigência fundamental que os casos submetidos a Juízo sejam julgados com base em fatos provados e com aplicação imparcial do direito vigente; e, para que se possa controlar se as coisas caminharam efetivamente dessa forma, é necessário que o juiz exponha qual o caminho lógico que percorreu para chegar à decisão a que chegou. Só assim a motivação poderá ser uma garantia contra o arbítrio. Seria de todo desprovida de interesse a circunstância de o juiz sair à busca de outras explicações que não essa, ainda que eventualmente convincente", Enrico Tullio LIEBMAN. *Do arbítrio à razão reflexões sobre a motivação da sentença*, in: *Revista de Processo*, n.º 29, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1983, p. 80.

¹³⁸ Michele TARUFFO. *La motivazione della sentenza civile*, Padova: Cedam, 1975, especialmente cap. 6, pp. 406/407.

2.4.3 Princípio da colegialidade e publicidade.

Esse princípio aplica-se às sentenças que decidem acerca da inconstitucionalidade de determinado ato normativo. Esta previsão está expressa no art. 97 da Constituição, cuja redação estabelece: *somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.*

O art. 97 da Constituição aplica-se a todos os órgãos do Poder Judiciário no qual está incluído no mais alto patamar o STF. Assim, as decisões acerca da inconstitucionalidade de determinado ato normativo deverão atender ao *full bench*, previsto no art. 97; somente pelo voto de seis ministros ao menos poderá ser declarada a inconstitucionalidade. Afigura-se inconstitucional o § 1.º do art. 5.º da LADPF se for lido no sentido de se admitir que o relator possa, por decisão monocrática, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo caso a ADPF tenha sido instaurada no controle abstrato. O STF é o guardião máximo da Constituição, todavia não está acima dela; por mais que exista urgência ou perigo de lesão grave, não há urgência ou perigo que autorize violação ou suspensão do texto constitucional. O § 1.º do art. 5.º da LADPF pode ser aplicado caso a arguição tenha sido instaurada em sede de controle difuso; entretanto, se a arguição tiver sido ajuizada em sede de controle abstrato, não se pode permitir decisão acerca da inconstitucionalidade sem que esteja preenchida a questão da reserva de plenário, constante no art. 97 da Constituição.

2.4.4 Princípio da igualdade.

O princípio da igualdade também é informador da elaboração e aplicação das sentenças constitucionais, principalmente naquelas que buscam sanar as omissões legislativas. A origem e o fundamento principal desse tipo de sentença radica-se na necessidade de se sanar a omissão legislativa, assegurando-se a igualdade e os direitos fundamentais diante da omissão do

legislador ou ainda diante de uma legislação que exclua de modo arbitrário determinado grupo de pessoas da vantagem concedida pela lei¹³⁹.

2.5 Coisa julgada.

2.5.1 Conceito.

A coisa julgada é uma instituição destinada a proteger os pronunciamentos judiciais sobre os conflitos mediados pelo órgão jurisdicional, resolvendo-os pela aplicação da norma ao caso concreto. Se a coisa julgada não existisse, a função jurisdicional seria reduzida a uma atividade meramente consultiva¹⁴⁰.

No que diz respeito a sua natureza jurídica, a coisa julgada, como ficção da verdade, é derivada das concepções romanas em razão da impossibilidade de os juízes acessarem a verdade dos fatos¹⁴¹. Jesús Gonzalez Pérez leciona que a coisa julgada possui uma natureza estritamente jurídica. É uma criação do ordenamento jurídico. Pois bem, é uma figura jurídica, não de direito material, senão de Direito Processual: opera não porque transforma a situação jurídica material existente antes da decisão do processo, senão porque à margem de tal transformação surge uma especial eficácia processual que antes não existia¹⁴².

O fenômeno da coisa julgada desenvolve-se sob dois aspectos. Primeiro desenvolve-se a coisa julgada formal para num segundo momento

¹³⁹ Cf. Carmen BLASCO SOTO. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, p. 291. Essa questão será retomada com mais profundidade quando forem examinadas as decisões em que se declara a inconstitucionalidade sem se pronunciar a nulidade.

¹⁴⁰ Victor Fairrén GUILLÉN. *Doctrina General del Derecho Procesal*. Barcelona: Bosch, 1990, p. 515.

¹⁴¹ Victor Fairrén GUILLÉN. *Doctrina General del Derecho Procesal*, p. 518.

¹⁴² Jesús González PÉREZ. *Derecho Procesal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1980, p. 217.

desenvolver-se a coisa julgada material. A coisa julgada formal refere-se ao interior de um determinado processo, é uma consequência da preclusão¹⁴³.

A coisa julgada material, por sua vez, é exterior ao processo já terminado, consiste na vinculação que produz em outro processo a parte dispositiva da sentença: é a exclusão teórica da possibilidade de voltar a tratar e a decidir sobre o mesmo assunto com firmeza e, em seu caso, se o segundo processo igual se produzir, condicionado pelo primeiro de modo inescusável, a segunda sentença deverá ser de acordo com a primeira¹⁴⁴.

Muito se discute acerca do alcance da coisa julgada material, se a imutabilidade alcançaria apenas o dispositivo ou se estenderia aos efeitos. Para Liebman, a coisa julgada é a qualidade que torna imutável a sentença tanto em seu conteúdo quanto em seus efeitos¹⁴⁵.

A opinião de Liebman, apesar de possuir adesão doutrinária, não foi adotada pelo nosso Código de Processo Civil em seu art. 467 do CPC. O que se torna “imutável e indiscutível em virtude da coisa julgada não são os efeitos da sentença, como pretende Liebman, mas a *própria sentença*¹⁴⁶”. De acordo com Barbosa Moreira: “se alguma coisa, em tudo isso, escapa ao selo da imutabilidade, são justamente os efeitos da sentença¹⁴⁷”.

Em consonância com o art. 467 do CPC, a coisa julgada material deve ser conceituada como a “qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (CPC 467, LICC 6.º § 3.º), nem à remessa

¹⁴³ Victor Fajrén GUILLÉN. *Doctrina General del Derecho Procesal*, pp. 515/516.

¹⁴⁴ Victor Fajrén GUILLÉN. *Doctrina General del Derecho Procesal*, p. 517.

¹⁴⁵ Enrico Tullio LIEBMAN. *Efficacia Ed autorità della sentenza (Ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. Milano: Giuffrè, 1962, pp. 39/40.

¹⁴⁶ Nelson NERY JUNIOR e Rosa M. A. NERY. *Código de Processo Civil Comentado*, Coment. 2 CPC 467, pp. 680/681.

¹⁴⁷ José Carlos BARBOSA MOREIRA. Ainda e sempre a coisa julgada, in: *Direito Processual Civil (Ensaíos e Pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, n. 5, p. 139.

necessária do CPC 475¹⁴⁸”. Somente o dispositivo da sentença transita em julgado. Os fundamentos não transitam em julgado, não podem limitar, estender ou modificar o sentido do dispositivo, sua função restringe-se a aclarar e explicar o alcance do dispositivo¹⁴⁹.

No que tange a sentença constitucional, Wolfgang Zeidler assevera que a coisa julgada material diz respeito tão somente à “fórmula decisória” e não também aos elementos da sentença contidos nos fundamentos da decisão, estes devem ser utilizados para definir o sentido daquela¹⁵⁰.

Do mesmo modo assevera Fairrén Guillén, para quem a coisa julgada deve ser buscada no dispositivo das sentenças. A motivação destas, porém, tem grande valor como antecedentes lógicos daquele¹⁵¹. Da mesma maneira manifesta-se Otto Mayer a respeito da coisa julgada formada no âmbito administrativo. Destaca, o renomado publicista, consistir na parte dispositiva que deve ser buscada a vontade do juiz. Somente fará coisa julgada para a relação jurídica a parte dispositiva contida na sentença judicial ou administrativa, os motivos podem sem dúvida servir para conhecer melhor qual a vontade do juiz para o caso concreto, porém eles não transitam em julgado para as relações jurídicas que valoram¹⁵².

¹⁴⁸ Nelson NERY JUNIOR / Rosa M. A. NERY. *Código de Processo Civil Comentado*, coment. 1 CPC 467, p. 680.

¹⁴⁹ Cf. Pedro DÍAZ. *Cosa Juzgada*, 2.ed. Montevideo: Jerónimo Sureda Editor, 1927. p. 14.

¹⁵⁰ Wolfgang ZEIDLER. A justiça constitucional no quadro das funções do Estado, in: *Justiça Constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas*, Lisboa, 1987, p. 75.

¹⁵¹ Victor Fairrén GUILLÉN. *Doctrina General del Derecho Procesal*, p. 522.

¹⁵² Otto MAYER. *Derecho Administrativo Alemán*, t. I, p. 269. Cf. Nicolo TROCKER. La cosa juzgada civil y sus limites objetivos e subjetivos: apuntes de derecho comparado. In: *Estudios de Derecho Procesal em honor de Victor Fairrén Guillén*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990, p. 564.

2.5.2 Coisa julgada no processo constitucional. A necessidade de novo paradigma.

Ainda que o processo constitucional tenha natureza jurisdicional e produza coisa julgada material e formal, é necessário registrar que a coisa julgada nesse processo, necessariamente, deve ser guiada por outros parâmetros, até porque seu escopo é distinto em relação ao processo civil comum. No processo constitucional, a coisa julgada não tem a função de amparar direitos subjetivos, fazendo com que o Estado-juiz substitua a vontade das partes no processo em juízo. No processo constitucional não existe a tutela de direitos subjetivos nem mesmo partes existem no processo. O interesse tutelado no controle abstrato de constitucionalidade é difuso e sua natureza é objetiva. O processo abstrato não está nem à disposição de nenhuma parte nem mesmo do próprio órgão julgador, o STF, cabendo a este, se for o caso, proceder à modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade¹⁵³.

O processo constitucional tem autonomia, é responsável em instrumentalizar e possibilitar a abertura da Constituição aos seus intérpretes¹⁵⁴. Estabelece um novo paradigma¹⁵⁵ para se analisar a sentença e a coisa julgada

¹⁵³ Nelson NERY JR. enfatiza ser difuso o interesse tutelado no controle concentrado de constitucionalidade: “É sabido que no controle abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais, contestados em face da Constituição Federal, não há interesse subjetivo, mas **interesse difuso**, de toda a coletividade, na higidez da norma federal ou estadual comparada com o texto constitucional federal. O processo não está ao dispor de nenhum sujeito individual, nem da Corte Constitucional (STF). *Teoria geral dos recursos*, p. 62. No mesmo sentido Vitalino CANAS ensina que nos processos de fiscalização abstrata da constitucionalidade e da legalidade “o processo não está ao dispor de nenhum sujeito processual, incluindo, aliás, o próprio Tribunal Constitucional que não lhe pode pôr termo por razões de inconveniência ou de inoportunidade da fiscalização (podendo no máximo modelar os efeitos da sua decisão nos processos de fiscalização abstracta sucessiva de modo a adaptá-la às circunstâncias do caso. *Os processos de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade pelo Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1986, p. 130.

¹⁵⁴ Sobre autonomia do processo constitucional conferir a obra de Eduardo Ferrer MACGREGOR. *Derecho Procesal Constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 32/43. Peter HÄBERLE. *La verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*. Milano: Giuffrè Editore, 2000, p. 24.

¹⁵⁵ Essa ruptura paradigmática pode ser demonstrada por Thomas KUHN; para este autor ocorre transição paradigmática quando é necessário um novo paradigma apto a aproveitar as especificidades do paradigma anterior e potencializá-las para conseguir solucionar as novas controvérsias, conforme ensina ele: “o novo paradigma deve garantir a preservação de uma parte relativamente grande da capacidade objetiva de resolver problemas, conquistada pela ciência com o auxílio de paradigmas anteriores. A novidade em si mesma não é um desiderato das ciências, tal como em outras áreas da criatividade humana. Como resultado, embora novos paradigmas

material. Importar simplesmente os conceitos da coisa julgada material do processo civil comum ao constitucional pode acarretar sérios riscos e distorções na ordem jurídica vigente¹⁵⁶. Isso ocorre principalmente em razão da anômala figura da Ação Declaratória de Constitucionalidade; admitir-se a coisa julgada material nos termos do processo civil comum em decisões de acolhimento da ADC poderia acarretar a fossilização da Constituição, daí que explicitaremos os diversos pontos que distanciam a coisa julgada material do processo civil do processo constitucional. Até porque corroboramos o posicionamento de Rui Medeiros, asseverando que o caráter objetivo do processo de controle de constitucionalidade, apesar da ausência de partes e do contraditório (ao menos no sentido substancial), não impede a aplicação da coisa julgada material à declaração de inconstitucionalidade¹⁵⁷.

O que não se pode perder de vista é que a coisa julgada no controle abstrato de constitucionalidade tal como no processo civil comum tem a função de conferir a segurança jurídica; todavia, nesse processo não existem partes litigando, daí não haver nenhuma substituição de vontade por parte do Estado em relação à vontade dos particulares. Nesse sentido deve ser conferido tratamento distinto à coisa julgada no processo constitucional, principalmente no que diz respeito à maior amplitude de revisão pelo STF.

raramente (ou mesmo nunca) possuam todas as potencialidades de seus predecessores, preservam geralmente, em larga medida, o que as realizações científicas passadas possuem de mais concreto. Além disso sempre permitem a solução concreta de problemas adicionais”. Thomas KUHN. *A estrutura das revoluções científicas*. 8.ed. São Paulo: Perspectiva, 2003, p. 214.

¹⁵⁶ Angel Latorre SEGURA e Luis DIEZ-PICAZO ressalta a necessidade de se conferir tratamento peculiar e autônomo à coisa julgada formada no processo objetivo de controle de constitucionalidade cf. *La Justicia Constitucional en El cuadro de lãs funciones del Estado*, in: *Justiça Constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas*, Lisboa, 1987, p. 215.

¹⁵⁷ Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 795. De acordo com esse autor: “o caráter objectivo dos processos de fiscalização de constitucionalidade não se opõe ao instituto do caso julgado, porquanto este, enquanto imposição da paz e da segurança jurídicas, responde a um conflito, também presente nos processos de fiscalização abstracta, entre a preocupação com a correcção da decisão e o objectivo da segurança e da paz jurídicas. A jurisprudência não visa apenas à justiça no caso individual e, para salvaguardar a paz e a segurança jurídicas, impostas pelo princípio do Estado de Direito, lança justamente mão da figura do caso julgado material. O caso julgado pode, pois, sem dificuldade explicar a imutabilidade e a definitividade da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral”. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 797.

Os pronunciamentos definitivos de mérito em ADIn e ADC produzem coisa julgada formal quando não é mais possível a interposição de recursos e, posteriormente, a coisa julgada material, que, apesar de diversas semelhanças com a coisa julgada do processo civil comum, possui nítidas diferenças, conforme demonstraremos nos tópicos seguintes.

2.5.3 Coisa julgada, efeito *erga omnes* e a força de lei (*Gesetzeskraft*).

A coisa julgada opera-se sobre o dispositivo da sentença, de acordo com as premissas metodológicas que adotamos no primeiro capítulo da pesquisa, transita em julgado a norma decisória do caso concreto, materializada pelo dispositivo da sentença; os efeitos da sentença não transitam em julgado. A essa norma decisória podem agregar-se os efeitos *erga omnes* e vinculante; acontece que esses efeitos, como os demais efeitos da sentença, não transitam em julgado. Tanto é que pode ocorrer a materialização da coisa julgada sem a presença do efeito vinculante, tal como nas decisões em que ocorre o apelo ao legislador ou naquelas em que existe a decisão de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade ou em que a inconstitucionalidade é declarada *pro futuro*. Também pode existir a eficácia *erga omnes* sem a presença do efeito vinculante, tais como as sentenças oriundas das ações coletivas cujo interesse tutelado é o difuso. A eficácia *erga omnes* também pode prescindir da coisa julgada material; seria o caso de uma tutela antecipada na ação anteriormente descrita, enquanto o efeito vinculante não pode existir sem a formação da coisa julgada material, porque o efeito vinculante é exclusivo das sentenças definitivas de mérito.

A eficácia *erga omnes* está prevista no art. 102 § 2.º da Constituição e no art. 28 da Lei 9868/99. No Direito Alemão são basicamente três os efeitos identificados na sentença constitucional: a coisa julgada (*rechtskraft*), força de lei (*Gesetzeskraft*)¹⁵⁸ e efeito vinculante (*Bindungswirkung*)¹⁵⁹. A força de

¹⁵⁸ A força de lei está prevista no § 31 (2) da Lei do Tribunal Constitucional Federal com a seguinte redação: *nos casos do § 13, números 6, 6a, 11, 12 e 14, a decisão do tribunal constitucional federal tem força de lei. Isso vale também nos casos do § 13, número 8a, quando o tribunal constitucional federal declara uma lei compatível ou incompatível com a lei fundamental, ou nula.*

lei é instituto característico do direito alemão e está prevista no § 31 Abs. 2 da BVerfGG. A força de lei atribui efeito *erga omnes* ao caso julgado. O efeito vinculativo (*Bindungswirkung*) se limita aos órgãos do Poder Público, a força de lei se impõe perante a todos, inclusive perante os particulares¹⁶⁰. O efeito vinculante, por sua vez, pode estender-se aos motivos determinantes, não se restringe ao dispositivo, porém não vincula os particulares, apenas os órgãos constitucionais e a Administração Pública¹⁶¹.

Em Portugal está prevista a força obrigatória geral que atua em três dimensões: a) declaração de nulidade em que o ato normativo é eliminado, em regra a declaração é retroativa em relação aos efeitos desde que foi verificada a invalidade; b) *força de caso julgado formal e material*; c) *eficácia perante a todos*, que consiste na vinculação do dispositivo da sentença às autoridades públicas e aos particulares¹⁶².

Sobre o tema, Rui Medeiros destaca que a força obrigatória geral implica que a decisão tomada pelo Tribunal Constitucional não pode ser ignorada em juízos ulteriores. A força obrigatória geral implica a vinculação não apenas dos tribunais, mas de todos os órgãos e agentes do poder político do Estado. Esse efeito também atinge os particulares, que ficam impedidos de contestar jurisdicionalmente o veredicto do Tribunal Constitucional¹⁶³.

À medida que uma lei é declarada compatível ou incompatível com a lei fundamental ou com outro direito federal, ou nula, o dispositivo da decisão deve ser publicado no diário oficial da federação pelo ministério federal da justiça. Cf. a tradução da lei realizada por Luís Afonso Heck. *Jurisdição Constitucional e legislação pertinente no direito comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 84/85.

¹⁵⁹ O efeito vinculante está previsto no § 31 (1) da Lei do Tribunal Constitucional Federal com a seguinte redação: *As decisões do tribunal constitucional federal vinculam os órgãos constitucionais da federação e dos estados, assim como todos os tribunais e autoridades*. cf. Luís Afonso HECK. *Jurisdição Constitucional e legislação pertinente no direito comparado*, p. 84.

¹⁶⁰ Cf. Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 774.

¹⁶¹ Cf. Pablo Pérez TREMP. *Tribunal Constitucional e Poder Judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 262/263. José Ignácio BOTELHO DE MESQUITA. O desmantelamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, p. 90. Peter HÄBERLE. *La verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, pp. 70/72.

¹⁶² Cf. Carlos BLANCO DE MORAIS. *Justiça Constitucional*. t. II., pp. 193/194.

¹⁶³ Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, pp. 798/799.

No direito nacional também se verifica a coisa julgada material no controle abstrato de constitucionalidade, e à coisa julgada dois efeitos podem ser agregados, são eles a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante. Cremos que em razão de determinadas particularidades de nosso ordenamento não é possível equiparar nosso efeito *erga omnes* à força de lei alemã ou à força obrigatória geral do direito português, até porque possuímos diversos provimentos com eficácia *erga omnes* sem que tenham sido proferidos no controle abstrato de constitucionalidade¹⁶⁴.

No Brasil não possuímos o conceito de força de lei alemã, o que existe é a coisa julgada e sua eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante. A eficácia *erga omnes* não é exclusiva da jurisdição constitucional, ela ocorre sempre que forem tutelados em juízo interesses difusos, nos termos do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor. Por sua vez, o nosso efeito vinculante, que atingirá a Administração Pública e os particulares, é exclusivo do controle concentrado de constitucionalidade e sua existência está atrelada à presença da coisa julgada material. Na nossa qualificação, o efeito vinculante é o que mais se aproxima da força de lei tedesca, ainda que não se identifique com ela. Provimentos do STJ podem agregar efeito vinculante no sentido de se permitir a utilização da reclamação para preservar sua competência e a autoridade da sua decisão; no entanto, o efeito vinculante que atinge a Administração Pública vincula os particulares e os impede de arguirmos a inconstitucionalidade. Essa característica é atributo exclusivo do efeito vinculante existente no controle concentrado de constitucionalidade, daí que aproximamos o efeito vinculante do art. 102 § 2.º da Constituição à força de lei do direito alemão.

Em sentido contrário Juliano Taveira Bernardes entende que “a amplitude subjetiva do efeito vinculante é menor que a da eficácia *erga omnes*, pois não atinge particulares nem o próprio STF, tampouco o Legislativo de

¹⁶⁴ Aproximando a eficácia *erga omnes* da força de lei v. Ives Gandra da Silva MARTINS e Gilmar Ferreira MENDES. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 585 *et seq.*

quaisquer das esferas federativas¹⁶⁵”. Com a devida vênia, não concordamos com esse raciocínio, tal como demonstraremos. O citado jurista, ao afirmar que o efeito vinculante não atinge os particulares nem o próprio STF, força a conclusão de que essa vinculação seria realizada pelo efeito *erga omnes*, desse modo, a eficácia *erga omnes* é aproximada da força de lei alemã algo inconcebível em nosso ordenamento, uma vez que o efeito *erga omnes* não é exclusivo do controle abstrato de constitucionalidade, essa eficácia está presente em toda ação coletiva que tutele direitos difusos. Logo, ter-se-ia que concluir pela vinculação dos particulares e do próprio STF em todo provimento oriundo de ação civil pública que tutele direitos difusos, algo, obviamente, inconcebível. Nesse sentido, reafirmamos a necessidade de se conferir tratamento peculiar aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Brasil, evitando equiparar nossa eficácia *erga omnes* à força de lei alemã.

Entendemos que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, em razão das particularidades e dos institutos existentes no sistema constitucional brasileiro, não podem ser simplesmente explicados com base nos efeitos do sistema alemão, sem que sejam feitas ponderações e exames críticos. Iremos realçar essa especificidade do ordenamento brasileiro com o intuito de sistematizar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade no cenário nacional, atribuindo eficácia normativa à Constituição Federal, sem perder de vista a necessidade de se resguardar o sistema difuso de controle de constitucionalidade e a independência decisória dos juízes.

Para iniciarmos nossa sistematização, lançaremos mão do ensinamento de Theodor Maunz. O constitucionalista alemão destaca que determinados elementos como o efeito vinculante não estão contidos na coisa julgada formal nem material; esses institutos são cumulativos (*Kumulativ*), nenhum efeito é idêntico ao outro e nenhum deles elimina os demais¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Juliano Taveira BERNARDES. Efeito vinculante das decisões do controle abstrato de constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes?, in: Marcelo Novelino (org.). *Leituras complementares de direito constitucional*. 2.ed. Salvador: Jus Podium, 2008, p. 364.

¹⁶⁶ Theodor MAUNZ. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*. München: C. H. Beck, 1987, § 31, n. 15, pp. 14/15; Carmen BLASCO SOTO. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, p. 256. Cf.

Esse entendimento orientará nossa sistematização acerca do tema, entendemos que os efeitos da coisa julgada material, *erga omnes* e vinculante não são excludentes, e sim cumulativos. Os efeitos *erga omnes* e vinculante não transitam em julgado, no processo constitucional, conforme será analisado, são efeitos que podem ser agregados ao dispositivo da sentença (coisa julgada).

A coisa julgada material que confere imutabilidade ao comando emergente da sentença opera-se, consoante expusemos, sobre o dispositivo da sentença constitucional, ela materializa a norma decisória do caso concreto, constituindo o texto normativo a ser aplicado nos casos futuros. O efeito *erga omnes* não é exclusivo da jurisdição constitucional; as sentenças proferidas em ação civil pública, se tutelarem interesse difuso, também terão efeito *erga omnes* (cf. CDC 103¹⁶⁷). Provimentos oriundos do STJ também poderão adquirir efeito vinculante, no que diz respeito à possibilidade de se manejar a reclamação para garantir a eficácia e a autoridade desses provimentos (CF 105 I f).

Nos pronunciamentos do STF, o efeito *erga omnes* pode estar presente mesmo na ausência de coisa julgada, seria o caso, por exemplo, de uma tutela antecipada deferida pelo STF no bojo de uma ação civil pública ou mandado de segurança coletivo.

O efeito vinculante, por sua vez, no processo constitucional é dependente da anterior formação da coisa julgada material, até porque a Constituição em seu artigo 102 § 2.º atribuiu efeito vinculante apenas às decisões definitivas de mérito e, conforme será explicado, não poderá ser estendido aos motivos determinantes. Também poderá haver casos de decisões sem o efeito

Nelson NERY JUNIOR E Rosa M. A. NERY. *Constituição Federal Comentada*, coment 61 CF 102, p. 485.

¹⁶⁷ A eficácia *erga omnes* não é uma característica exclusiva da coisa julgada operada na jurisdição constitucional, toda ação coletiva que tenha a finalidade de tutelar interesses difusos terá esse efeito em razão do art. 103 do CDC. No sistema da *common law* existem provimentos da jurisdição ordinária que possuem eficácia *erga omnes*, são os *judgments in rem*, enquanto os *judgments in personam* possuem eficácia *inter partes*, e, ocupando uma posição intermediária, os *privy*, que, apesar de não possuírem eficácia *erga omnes*, a coisa julgada não se opera apenas *inter partes*, ela acoberta terceiros equiparados às partes sobre o tema cf. Nicolo TROCKER. *La cosa juzgada civil y sus limites objetivos e subjetivos*, p. 571 *et seq.*

vinculante, tais como aquelas que possuem apelo ao legislador ou aquelas que declaram a inconstitucionalidade sem pronunciar a nulidade.

A coisa julgada material proferida no processo constitucional tem efeito *erga omnes* não apenas em razão do disposto no art. 102 § 2.º da Constituição e no art. 28 da Lei 9868/99. A eficácia *erga omnes* é ínsita ao processo constitucional em razão do interesse difuso que o controle de constitucionalidade tutela. Ser ínsita não significa ser exclusiva, porque os provimentos do processo coletivo podem ter efeito *erga omnes*, tal como permite o CDC 103. O que é exclusivo do STF é a *declaração* de inconstitucionalidade no dispositivo da sentença com eficácia *erga omnes*. O controle difuso de constitucionalidade é permitido no bojo da ação civil pública, porém a declaração de inconstitucionalidade fica restrita à causa de pedir, à fundamentação e não ao dispositivo, ainda que tenha eficácia *erga omnes*.

2.6 Efeito vinculante.

O efeito vinculante, este sim, é característico e exclusivo do controle concentrado de constitucionalidade no direito brasileiro, nos termos em que propomos sua sistematização. O efeito vinculante é algo que se agrega à coisa julgada proferida no processo constitucional.

Para que exista efeito vinculante, faz-se necessário a existência de coisa julgada material porque a Constituição, em seu artigo 102 § 2.º, atribuiu efeito vinculante apenas às decisões definitivas de mérito e, conforme será explicado, não poderá ser estendido aos motivos determinantes. Também poderá haver casos de decisões sem o efeito vinculante, tais como aquelas que possuem apelo ao legislador ou aquelas que declaram a inconstitucionalidade sem pronunciar a nulidade, declarando a inconstitucionalidade *pro futuro*; essas sentenças proferidas no controle abstrato de constitucionalidade possuem eficácia *erga omnes*, todavia não são necessariamente vinculantes. Por exemplo, uma lei X é declarada inconstitucional em controle abstrato de constitucionalidade,

contudo o STF entende que a declaração de inconstitucionalidade será *pro futuro*; a inconstitucionalidade será efetivamente concretizada apenas quando alcançada a data fixada pelo Supremo. Obviamente, essa sentença tem eficácia *erga omnes* (a declaração de inconstitucionalidade da lei *pro futuro*) e, como tal, protege interesse difuso. A declaração de inconstitucionalidade alcança toda a coletividade; contudo, durante a *vacatio sententiae*, não se opera o efeito vinculante, é permitido às partes aplicarem da melhor forma a lei objeto da decisão de inconstitucionalidade. Caso no processo particular se entenda que é o caso de suspensão de processo ou de se afastar a aplicação da lei com base na decisão de inconstitucionalidade *erga omnes* do STF, o juiz poderá fazê-lo; entretanto, se no caso concreto o juiz entender que num período de 90 dias, por exemplo, o mais correto consiste em se aplicar a lei considerada inconstitucional mas que não teve a declaração de nulidade, pode o juiz aplicá-la, justamente, porque sobre ela não se operou efeito vinculante¹⁶⁸.

A eficácia *erga omnes* é fundamental nos pronunciamentos da jurisdição constitucional, principalmente quando oriundas de sentenças interpretativas, porque essas decisões são fontes do direito; elas promovem a correção e a integridade do ordenamento jurídico, atuando como parâmetro normativo a ser aplicado no deslinde de casos futuros, permitindo sua invocação na solução das lides. É a eficácia *erga omnes* que agrega às decisões o caráter de fonte normativa, uma vez que permite sua aplicação na solução de casos futuros, algo impossível sem a eficácia *erga omnes*, daí ser esse efeito essencial à jurisdição constitucional, sem dizer que os provimentos com eficácia *erga omnes* sempre atingem a Administração Pública, porque no Estado Constitucional “todas as autoridades administrativas estão vinculadas às interpretações publicadas das normas constitucionais feitas pelo Tribunal Constitucional¹⁶⁹”. No entanto, nem sempre é possível agregar efeito vinculante aos pronunciamentos que possuem eficácia *erga omnes*, sob risco de fossilizar-se a Constituição e ferir o princípio da independência decisória dos juízes; isso ocorreria principalmente

¹⁶⁸ Em sentido próximo v. Carmen BLASCO SOTO. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, p. 233.

¹⁶⁹ Hans J. WOLFF, Otto BACHOF e Rolf STROBER. *Direito Administrativo*. v. 1, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 435.

nas decisões oriundas da ação declaratória de constitucionalidade. Sobre esse tema dissertaremos no terceiro capítulo da sentença.

É o efeito vinculante que agrega qualidade especial aos pronunciamentos definitivos de mérito (coisa julgada material) proferidos no processo concentrado de controle de constitucionalidade, que confere aos jurisdicionados a utilização da reclamação (CF 102 I I) para garantir e assegurar o cumprimento e o respeito da decisão proferida pelo STF¹⁷⁰. Entretanto, se considerarmos que o efeito vinculante consiste apenas em agregar a especial qualidade da utilização da reclamação para garantir o cumprimento das decisões que possuem esse efeito¹⁷¹, teremos que admitir que o efeito vinculante do controle concentrado de constitucionalidade é o mesmo conferido aos

¹⁷⁰ Nesse sentido o STF já se pronunciou: “O desrespeito à eficácia vinculante, derivada de Decisão emanada do plenário da Suprema Corte, autoriza o uso da Rcl. O descumprimento, por quaisquer juízes ou Tribunais, de decisões proferidas com efeito, vinculante, pelo Plenário do STF, em sede de ADIn ou de ADC, autoriza a utilização da via reclamatória, também vocacionada, em sua específica função processual, a resguardar e a fazer prevalecer, no que concerne à Suprema Corte, a integridade, a autoridade e a eficácia subordinante dos comandos que emergem de seus atos decisórios. Precedente. ‘Legitimidade ativa para a reclamação na hipótese de inobservância do efeito vinculante. Assiste plena legitimidade ativa, em sede de reclamação, àquele particular ou não que venha a ser afetado, em sua esfera jurídica, por decisões de outros magistrados ou Tribunais que se revelem contrárias ao entendimento fixado, em caráter vinculante, pelo STF, no julgamento dos processos objetivos de controle normativo abstrato instaurados mediante ajuizamento, quer de ADIn, quer de ADC. Precedente.’ADC. Outorga de MC com efeito vinculante. Possibilidade. O STF dispõe de competência para exercer, em sede de ADC, o poder geral de cautela de que se acham investidos todos os órgãos judiciários, independentemente de expressa previsão constitucional. A prática da jurisdição cautelar, nesse contexto, acha-se essencialmente vocacionada a conferir tutela efetiva e garantia plena ao resultado que deverá emanar da decisão final a ser proferida no processo objetivo de controle abstrato. Precedente. O provimento cautelar deferido, pelo STF, em sede de ADC, além de produzir eficácia **erga omnes**, reveste-se de efeito vinculante, relativamente ao Poder Executivo e aos demais órgãos do Poder Judiciário. Precedente. ‘A eficácia vinculante, que qualifica tal decisão precisamente por derivar do vínculo subordinante que lhe é inerente, legitima o uso da reclamação, se e quando a integridade e a autoridade desse julgamento forem desrespeitadas.’ Vê-se, portanto, que assiste, à parte ora reclamante, plena legitimidade ativa **ad causam** para fazer instaurar este processo reclamatório. Impende verificar, agora, se a situação exposta na presente reclamação pode traduzir, ou não, hipótese de ofensa à autoridade da decisão emanada do STF, proferida, com eficácia vinculante, em sede de fiscalização normativa abstrata. Concorre, por igual, na espécie, o requisito concernente ao **periculum in mora**. Sendo assim, em juízo de estrita delibação e sem prejuízo de ulterior reapreciação da matéria, quando do julgamento final da presente Rcl, defiro o pedido de MC, para suspender a tramitação da execução trabalhista ora em curso perante a 12ª Vara do Trabalho de Porto Alegre/RS (STF, Rcl 2143, rel. Min. Celso de Melo, decisão monocrática, j. 25.2.2008, DJUE 3.3.2008)”.

¹⁷¹ Nesse sentido, Teoria Albino ZAVASCKI indica que “o efeito vinculante confere ao julgado uma força obrigatória qualificada, com a consequência processual de assegurar, em caso de recalcitrância dos destinatários, a utilização de um mecanismo executivo – a reclamação – para impor seu cumprimento”. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, p. 52.

pronunciamentos do STJ, que também permite a utilização da reclamação para assegurar sua efetividade nos termos do art. 105 I *f* da Constituição.

Entender o contrário implicaria admitir-se o posicionamento de Gilmar Mendes; para o consagrado constitucionalista, se a vinculação dos particulares é realizada pelo efeito *erga omnes*, por ser este o efeito correspondente à força de lei alemã, a função que restaria ao efeito vinculante seria a ampliação do âmbito de vinculação da sentença, que não ficaria restrito ao dispositivo e seria estendido aos motivos determinantes¹⁷². Esse posicionamento será criticado nos próximos itens da pesquisa.

Com base nessa ressalva, concluímos que o efeito vinculante da sentença proferida no processo constitucional é o que pode aproximar-se da força de lei alemã ou da força obrigatória geral do direito português, porque o efeito vinculante, ao contrário do efeito *erga omnes*, não se limita aos órgãos constitucionais e ao Poder Público, ele também alcança os particulares. O efeito vinculante, tal como o *erga omnes*, é cumulativo à coisa julgada, não pode ser considerado como instituto que agrega uma maior eficácia aos efeitos *erga omnes*¹⁷³, uma vez que se destinam a finalidades diversas: o *erga omnes* amplia os limites subjetivos do dispositivo, enquanto o efeito vinculante atinge a esfera dos particulares e o próprio direito material, conforme será demonstrado.

Para melhor compreensão do efeito vinculante atribuído à coisa julgada material proferida no processo constitucional, deve ser examinado se é possível ao STF estender o efeito vinculante aos motivos determinantes da

¹⁷² Ensina o autor: “a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão tornaria de todo despiciendo esse instituto, uma vez que ele pouco acrescentaria aos institutos da coisa julgada e da *força de lei*. Ademais, tal redução diminuiria significativamente a contribuição do Tribunal para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional”. Gilmar MENDES. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*, p. 190.

¹⁷³ Em sentido contrário Regina Macedo NERY FERRARI entende que: “conferir efeito vinculante às decisões dos tribunais superiores é uma tendência universal, e consiste em lhes dar maior eficácia, isto é, além da eficácia *erga omnes*, própria das proferidas em jurisdição concentrada, na fiscalização abstrata da constitucionalidade, quer dizer que todos os órgãos judiciários e administrativos ficam a ela vinculados, obrigados a respeitar o que já ficou decidido pelo Supremo, o que possibilita a igualdade de efeitos de sua manifestação, pela submissão a seus de termos de todas as causas inclusive daquelas que estão em andamento”. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5.ed. São Paulo: RT, 2004, p. 237.

sentença tal como se pratica na Alemanha, para depois podermos averiguar qual o alcance do efeito vinculante em relação ao próprio STF, à Administração Pública, aos particulares e ao legislativo.

Antes disso, porém, é necessário fundamentar a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade no bojo da ação civil pública, para podermos explicitar quais as particularidades da eficácia *erga omnes* no direito brasileiro e como o provimento de mérito no controle de constitucionalidade em ACP não possui efeito vinculante e não atinge o plano do direito material, bem como evidenciar a distinção entre o efeito vinculante oriundo do processo constitucional do efeito vinculante presente nas decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Para analisarmos a polêmica, partiremos do posicionamento de Nelson Nery Jr. e Rosa M. A. Nery, que admitem o controle, uma vez que “o objeto da ACP é a defesa de um dos direitos tutelados pela CF, pelo CDC e pela LACP. A ACP pode ter como fundamento a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. O objeto da ADIn é a declaração, em abstrato, da inconstitucionalidade da lei¹⁷⁴”. Desse modo, eventual inconstitucionalidade na exigência de um tributo, por exemplo, pode ser discutida e reconhecida em ação civil pública, “objetivando a condenação do poder público em obrigação de não fazer (abster-se de cobrar impostos) tendo como fundamento (causa de pedir) a inconstitucionalidade ou ilegalidade do imposto. Na ACP, o pedido é obrigação de não fazer; e a causa de pedir, a inconstitucionalidade do imposto. Não se confunde com a ADIn, em que a declaração da inconstitucionalidade não é o fundamento da demanda, mas o próprio pedido¹⁷⁵”.

Nesse sentido já se manifestou o STF na Reclamação n. 600-SP, cujo Relator foi o Ministro Néri da Silveira¹⁷⁶. Entretanto, esse entendimento não é

¹⁷⁴ Nelson NERY JUNIOR e Rosa M. A. NERY. *Constituição Federal Comentada*, coment. 1 LACP 1.º, p. 815.

¹⁷⁵ Nelson NERY JUNIOR e Rosa M. A. NERY. *Constituição Federal Comentada*, p. 819.

¹⁷⁶ Reclamação. 2. Ação civil pública contra instituição bancária, objetivando a condenação da ré ao pagamento da "diferença entre a inflação do mês de março de 1990, apurada pelo IBGE, e o índice aplicado para crédito nas cadernetas de poupança, com vencimento entre 14 a 30 de abril

pacífico no próprio Supremo, tanto é que o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, na Reclamação 2224/SP, ponderou que existem casos em que a usurpação da competência do STF ocorreria ainda que fosse como fundamento do pedido¹⁷⁷. O argumento principal de Gilmar Ferreira Mendes consiste em que admitir o controle de constitucionalidade em ação civil pública outorga poderes maiores à jurisdição ordinária que ao próprio Supremo, que precisa da ratificação do Senado para proporcionar efeito *erga omnes* à declaração que teria eficácia *inter partes* nos termos do art. 52 inciso X da Constituição¹⁷⁸. Acontece que a eficácia *erga omnes*, tal como demonstraremos, decorre da pretensão difusa tutelada na ação civil pública, e essa eficácia atinge o dispositivo da sentença, o provimento com eficácia condenatória ou mandamental que atinge o sujeito passivo da ação civil

de 1990, mais juros de 0,5% ao mês, correção sobre o saldo, devendo o valor a ser pago a cada um fixar-se em liquidação de sentença". 3. Ação julgada procedente em ambas as instâncias, havendo sido interpostos recursos especial e extraordinário. 4. Reclamação em que se sustenta que o acórdão da Corte reclamada, ao manter a sentença, estabeleceu "uma inconstitucionalidade no plano nacional, em relação a alguns aspectos da Lei nº 8024/1990, que somente ao Supremo Tribunal Federal caberia decretar". 5. Não se trata de hipótese suscetível de confronto com o precedente da Corte na Reclamação nº 434-1 - SP, onde se fazia inequívoco que o objetivo da ação civil pública era declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 7.844/1992, do Estado de São Paulo. 6. No caso concreto, diferentemente, a ação objetiva relação jurídica decorrente de contrato expressamente identificado, a qual estaria sendo alcançada por norma legal subsequente, cuja aplicação levaria a ferir direito subjetivo dos substituídos. 7. Na ação civil pública, ora em julgamento, dá-se controle de constitucionalidade da Lei nº 8024/1990, por via difusa. Mesmo admitindo que a decisão em exame afasta a incidência de Lei que seria aplicável à hipótese concreta, por ferir direito adquirido e ato jurídico perfeito, certo está que o acórdão respectivo não fica imune ao controle do Supremo Tribunal Federal, desde logo, à vista do art. 102, III, letra b, da Lei Maior, eis que decisão definitiva de Corte local terá reconhecido a inconstitucionalidade de lei federal, ao dirimir determinado conflito de interesses. Manifesta-se, dessa maneira, a convivência dos dois sistemas de controle de constitucionalidade: a mesma lei federal ou estadual poderá ter declarada sua invalidade, quer, em abstrato, na via concentrada, originariamente, pelo STF (CF, art. 102, I, a), quer na via difusa, *incidenter tantum*, ao ensejo do desate de controvérsia, na defesa de direitos subjetivos de partes interessadas, afastando-se sua incidência no caso concreto em julgamento. 8. *Nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, de lei ou ato normativo federal ou local.* 9. *A eficácia erga omnes da decisão, na ação civil pública, ut art. 16, da Lei nº 7347/1997, não subtrai o julgado do controle das instâncias superiores, inclusive do STF. No caso concreto, por exemplo, já se interpôs recurso extraordinário, relativamente ao qual, em situações graves, é viável emprestar-se, ademais, efeito suspensivo.* 10. Em reclamação, onde sustentada a usurpação, pela Corte local, de competência do Supremo Tribunal Federal, não cabe, em tese, discutir em torno da eficácia da sentença na ação civil pública (Lei nº 7347/1985, art. 16), o que poderá, entretanto, constituir, eventualmente, tema do recurso extraordinário. 11. Reclamação julgada improcedente, cassando-se a liminar. (STF, Pleno, Rcl 600-SP, rel. Min. Néri da Silveira, j. 03.09.1997, v.u., DJU 05.12.2003 p. 19) (grifamos).

¹⁷⁷ Cf. (STF, Pleno Rcl 2224-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 26.10.2005, v.u., DJU 10.02.2006 p. 8). V. ainda Gilmar Ferreira MENDES. Ação civil pública e controle de constitucionalidade, in: *Aspectos polêmicos da ação civil pública*. Arnoldo Wald (org.). São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 151/165.

¹⁷⁸ Gilmar Ferreira MENDES. Ação civil pública e controle de constitucionalidade, p. 162.

pública. O STF, tal como a jurisdição ordinária ao julgar ação coletiva que tutela interesses difusos, terá seu provimento acobertado pela eficácia *erga omnes*; ocorre que, por se tratar de controle difuso de constitucionalidade, a eficácia *erga omnes* atinge a eficácia condenatória ou mandamental da sentença, não atinge a fundamentação na qual foi considerada inconstitucional determinada lei; assim, não estão os demais tribunais nem os particulares vinculados a, obrigatoriamente, considerar inconstitucional a referida lei, tal como demonstraremos abaixo. A resolução do Senado, nos termos do art. 52 X, tem o poder de atribuir eficácia *erga omnes* à fundamentação da sentença do STF, ou seja, ao suspender a aplicação da lei, faz com que o fundamento da decisão do Supremo na qual foi afastada determinada lei em razão de sua inconstitucionalidade adquira eficácia *erga omnes*, vinculando os tribunais a essa decisão, na medida em que ficarão impedidos de aplicar uma lei suspensa pela resolução do Senado. Ocorre que a suspensão nos termos da CF 52 X apenas poderá operar com efeito *ex nunc* e também não possui o efeito repristinatório presente nas decisões de acolhimento da ADIn.

Importante destacar que na ação civil pública em que o fundamento do pedido é a declaração de inconstitucionalidade de um tributo municipal, por exemplo, o pedido principal consiste na obrigação de não fazer – não realizar o lançamento do tributo considerado inconstitucional.

Deferido esse pedido, a sentença proveniente da ACP terá eficácia *erga omnes*, tal como dispõe o art. 103 do Código de Defesa do Consumidor. Esse exemplo elucida bem a sistematização que propomos, quando dizemos que a eficácia *erga omnes* não é exclusiva do processo constitucional. Essa sentença proveniente da ação civil pública, que entende ser inconstitucional como causa de pedir o tributo municipal e, no dispositivo, proíbe o Poder Público de proceder ao seu lançamento, não possui pleno efeito vinculante que existe nas sentenças oriundas do controle concentrado de constitucionalidade, por duas razões, que elencaremos: a primeira é a impossibilidade de a sentença proveniente da ação civil pública atingir o direito material; a segunda consiste na impossibilidade de ocorrer a vinculação dos particulares.

Obviamente que o efeito *erga omnes*, seja o proveniente do processo comum ou do controle abstrato de constitucionalidade, tem a aptidão de provocar efeito vinculante em razão do interesse difuso que tutela. No processo comum, ele vincula o réu da ação coletiva em caso de condenação; no processo abstrato, o efeito *erga omnes* existe porque a pretensão difusa a ser tutelada diz respeito a toda a sociedade.

Os provimentos do STF oriundos do controle abstrato atingem toda a coletividade, vinculando a Administração Pública, cujo exercício interpretativo é limitado, bem como permite ao particular suscitar esse provimento em seu processo concreto a fim de solucionar sua lide de maneira semelhante ao STF. Contudo, esse efeito *erga omnes*, se não estiver acompanhado do efeito vinculante da CF 102 § 2.º, não atinge o direito material e também não impede que o particular pleiteie e o juiz decida de maneira desconforme ao que foi decidido pelo Supremo. Exemplificando, tal como demonstraremos em tópico específico, o Supremo, ao realizar a interpretação conforme à Constituição, não poderá dotá-la de efeito vinculante, se um dado texto normativo X permitir as interpretações X', X'' e X''', e de o Supremo entender, ao examinar em abstrato essa lei, que a única interpretação em conformidade com a Constituição é a X', essa decisão terá efeito *erga omnes* mas não vinculante. O particular poderá invocar (via reclamação) essa decisão do STF se entender que em seu caso concreto a interpretação a ser aplicada era a X' que o STF entendeu a única constitucional, ou, ainda, se o particular entender que o juiz em seu processo aplicou a interpretação que o STF julgou inconstitucional. O fato de não haver efeito vinculante na decisão do STF que declarou a interpretação X' a única constitucional é porque os juízes não estão previamente obrigados a aplicar a interpretação X' sempre que forem aplicar a lei X a um caso concreto, uma vez que a lei X é um texto normativo que, diante da problemática oriunda do suporte fático, pode provocar o surgimento de diversas novas interpretações/soluções/normas que o STF em abstrato não poderia prever. Dessa forma, essa decisão que aplicou a interpretação conforme não seria vinculante porque não orientaria previamente a decisão dos juízes na solução dos casos concretos e também permitiria o *judicial review* da lei.

Problema semelhante enfrentou o Supremo diante da reclamação 4335-AC, cujo relator foi Min. Gilmar Mendes. Nessa reclamação alegou-se ofensa à decisão proferida no HC 82959-SP, em foi que declarada a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 8072/90, que vedava a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos. O Min. Gilmar Mendes, relator, julgou procedente a reclamação, para cassar as decisões impugnadas, assentando que caberia ao juízo reclamado proferir nova decisão para avaliar se, no caso concreto, os interessados atendem ou não aos requisitos para gozar do referido benefício, podendo determinar, para esse fim, e desde que de modo fundamentado, a realização de exame criminológico¹⁷⁹.

Importante destacar que nesse caso a decisão que julgou inconstitucional o § 1.º do art. 2.º da Lei 8072/90 foi realizada em sede difusa, no bojo de um *habeas corpus*, logo não é dotada de efeito vinculante nos termos da CF 102 § 2.º. Não se trata de debatermos sobre a polêmica em torno do art. 52 X da Constituição, que foi desconsiderado pelos votos de Gilmar Mendes e Eros Grau¹⁸⁰, e sim ressaltar que é possível a utilização da reclamação contra as decisões que não admitam a progressão de regime nos crimes hediondos; entretanto, por ser uma decisão que aplicou a interpretação conforme à Constituição, o Supremo, ao examinar essa reclamação, se entender que se trata de caso idêntico no qual deveria incidir sua interpretação, não pode apenas cassar a decisão reclamada e obrigar o tribunal *a quo* a adotar sua interpretação da lei federal; afinal, esta sua decisão não possui efeito vinculante, ou seja, essa lei não foi retirada do ordenamento, não pode o STF impedir o juiz *a quo* de interpretá-la e aplicá-la. Pode, sim, no caso que mencionamos, o Supremo, se entender que incide a mesma questão de direito e decidir pela necessidade de incidir sua interpretação (a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 8072/90), pode conceder de ofício o *habeas corpus* para que o juiz examine os demais requisitos para deferimento da progressão¹⁸¹.

¹⁷⁹ Cf. Informativo STF/454.

¹⁸⁰ Para tanto ver a fundamentada crítica de Nelson NERY JUNIOR e Rosa M. A. NERY. *Constituição Federal Comentada*, coment 12, 13, 14, CF 52, pp. 402/404.

¹⁸¹ Nesse sentido manifestou-se Sepúlveda Pertence em seu voto na Rcl 4335-AC cf. Informativo STF/454.

Ou seja, enquanto o Supremo não decidir pela inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 8072/90 em sede concentrada, essa decisão de inconstitucionalidade não possui efeito vinculante, mantém-se válida a disposição legal, podendo sofrer outras interpretações, bem como ser arguida sua inconstitucionalidade diante de todo caso concreto; como também, ainda que não possua efeito vinculante nos termos do art. 102 § 2.º da CF, podem as decisões que aplicarem o § 1.º do art. 2.º da Lei 8072/90 ser objeto de reclamação para o STF. Ao avaliar essa reclamação, se entender que a decisão reclamada possui a questão idêntica de direito a ser solucionada, o STF poderá conceder de ofício a soltura, mas não poderá impor sua interpretação ao tribunal *a quo*; sua decisão pode ser substitutiva, mas não cassatória; afinal, a decisão pela inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 8072/90 não tem efeito vinculante e nem foi objeto de súmula vinculante.

Fenômeno distinto ocorreria em decisão dotada de efeito vinculante, se o STF em ADIn entendesse que a lei X é inteiramente inconstitucional e pronunciasse sua nulidade; essa decisão seria dotada de efeito vinculante, vincularia os juízes e os particulares, o juiz estaria vedado de aplicar lei retirada do ordenamento jurídico e o particular não mais poderia suscitar essa lei diante de seu caso concreto.

A sentença na ação civil pública, apesar de possuir eficácia *erga omnes*, nunca poderá deferir a inconstitucionalidade como *pedido* da ação coletiva, mas apenas como *fundamento*, o pedido principal deverá consistir na condenação à obrigação de não fazer – não lançar o tributo por parte do Poder Público. Ocorre que essa declaração (*rectius* afastamento) de inconstitucionalidade, no bojo da ação civil pública, não atinge o plano do direito material; a lei considerada inconstitucional não é destruída e retirada do ordenamento jurídico tal como aconteceria em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Tanto é que a sentença proferida na ação civil pública não impede a reapreciação da mesma questão pelo STF em sede de controle abstrato por meio de ADIn ou ADC, daí não ficar caracterizada a usurpação de competência do STF, ainda que os efeitos práticos sejam muito semelhantes.

O segundo argumento diz respeito à extensão do efeito vinculante aos particulares - algo apenas possível no controle abstrato de constitucionalidade. Ou seja, se uma lei X que institui um tributo municipal é considerada inconstitucional na causa de pedir em sentença proferida em ACP, essa decisão, em que pese o efeito *erga omnes*, vincula apenas o sujeito passivo da ação coletiva, no caso o Município que fica proibido de proceder à cobrança e ao lançamento do respectivo tributo. Ocorre que essa sentença proveniente da ação coletiva ainda que tenha eficácia *erga omnes*, não produz efeito vinculante em relação aos demais tribunais e particulares.

Desse modo, após essa sentença coletiva, se algum particular ingressar na justiça com o intuito de obter algum ressarcimento em razão do que despendeu com o tributo municipal, nesse novo processo o juiz, ao apreciar o pedido do particular, não está obrigado a seguir o que foi fixado na ação civil pública; assim, ele pode indeferir o pedido do particular porque, no caso concreto, considerou constitucional a lei complementar, algo que lhe estaria vedado se a lei tivesse sido declarada inconstitucional em sede de controle abstrato de constitucionalidade, ou se fosse suspensa pelo Senado nos termos do art. 52 inciso X da CF. Nem se poderia objetar a figura da coisa julgada; isso ocorre porque na ação civil pública a declaração de inconstitucionalidade está na motivação, logo não é acobertada pela coisa julgada.

Também em relação aos particulares, o efeito vinculante não opera. Imaginemos que no exemplo ilustrado a sentença com eficácia *erga omnes* proferida em ação coletiva tenha considerado constitucional o tributo municipal; nada impediria o particular, diante de seu caso concreto, de suscitar a inconstitucionalidade do respectivo tributo municipal; afinal, o efeito vinculante não opera em relação aos particulares, salvo no controle concentrado de constitucionalidade.

No Brasil podemos afirmar:

Todos os juízes possuem o poder absoluto de exercer o controle de constitucionalidade das leis em razão do sistema difuso de constitucionalidade.

Quando o controle for exercido por tribunais, dever-se-á atender a cláusula de reserva de plenário (art. 97 da Constituição).

No Brasil, o efeito *erga omnes* não é exclusivo do controle abstrato de constitucionalidade, se o controle de constitucionalidade estiver no fundamento do pedido de uma ação civil pública, ainda que difuso, atribuirá efeito *erga omnes* à coisa julgada coletiva.

O efeito *erga omnes* não vincula os particulares, essa vinculação é proveniente do efeito vinculante (CF 102 § 2.º). O efeito *erga omnes* também não retira o texto normativo do mundo jurídico. A retirada de determinada lei do mundo jurídico ocorre em razão da eficácia declaratória da coisa julgada material operada nas sentenças de total rechaço, que declaram a inconstitucionalidade e a nulidade de toda a lei ou parte dela.

2.6.1 Alcance. Motivos determinantes da sentença.

Conforme demonstramos, o efeito vinculante apto a atingir a Administração Pública, os particulares e os demais tribunais apenas pode ser concebido no processo objetivo de controle de constitucionalidade.

O efeito vinculante não transita em julgado, consiste em uma eficácia que se agrega à coisa julgada material, que, por sua vez, consubstancia-se no dispositivo da sentença constitucional. Nessa perspectiva, diante da metódica que adotamos, a coisa julgada materializa-se na norma decisória que decide o caso jurídico *sub judice* no processo abstrato do controle de constitucionalidade, enquanto o efeito vinculante que se agrega a esse dispositivo possui natureza transcendental, ou seja, incide no enunciado normativo representado pelo dispositivo da sentença constitucional. Tal como explicamos, o dispositivo da sentença para o caso concreto a ser decidido materializa a norma decisória e, quando adquire seu caráter transcendental a solucionar casos futuros, deixa de ser norma e passa a ser texto normativo com a particularidade

de ter agregado o efeito vinculante, apto a ser interpretado e a produzir tantas normas quantos casos em que for utilizado.

Neste tópico examinaremos o alcance do efeito vinculante, se este se limita mesmo ao dispositivo ou se pode ser estendido aos motivos determinantes tal como é admitido na Alemanha, onde em regra a coisa julgada e a força de lei atingem apenas o dispositivo, enquanto o efeito vinculante se estende aos motivos determinantes da decisão¹⁸².

A vinculação dos motivos determinantes da sentença constitucional é defendida por importantes setores da doutrina nacional, a ponto de Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Mendes afirmarem “que a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão tornaria de todo despiciendo esse instituto, uma vez que ele pouco acrescentaria aos institutos da coisa julgada e da *força de lei*. Ademais tal redução diminuiria significativamente a contribuição do Tribunal para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional¹⁸³”. A vinculação aos motivos determinantes também é ressaltada em razão da função do efeito vinculante que seria a de outorgar amplitude transcendente ao caso concreto¹⁸⁴.

Assim sendo, “com o *efeito vinculante* pretendeu-se conferir eficácia adicional à decisão do STF, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto. Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquela objeto de pronunciamento

¹⁸² V. Gilmar Ferreira MENDES e Ives Gandra da Silva MARTINS. *Controle concentrado de constitucionalidade*, pp. 598/599.

¹⁸³ Gilmar Ferreira MENDES e Ives Gandra da Silva MARTINS. *Controle concentrado de constitucionalidade*, pp. 600/601.

¹⁸⁴ Gilmar Ferreira MENDES, Inocêncio Mártires COELHO e Paulo Gustavo Gonet BRANCO. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1280.

jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado¹⁸⁵”.

Em sentido próximo, Roger Stiefelmann Leal assevera que o efeito vinculante não pode ser entendido apenas como a vinculação de alguém específico, uma vez que a eficácia contra todos já cumpre essa função em relação até mesmo, aos demais poderes e órgãos do Estado. Assim, seria necessário compreender o efeito vinculante como instrumento voltado a tornar obrigatória parte da decisão diferente da dispositiva, logo ele deveria alcançar os motivos determinantes¹⁸⁶.

No que diz respeito à argumentação de Stiefelmann, consoante já salientamos, incorre no equívoco de considerar que a vinculação, inclusive, dos particulares ocorreria pela eficácia *erga omnes*, isso não ocorre, a eficácia *erga omnes* não é exclusiva do controle abstrato de constitucionalidade, ela decorre, principalmente, em razão da tutela de interesses difusos. Também não ocorre a vinculação dos particulares pela eficácia *erga omnes*, tal como demonstramos na comparação entre o controle de constitucionalidade difuso na ação civil pública e no controle concentrado de constitucionalidade. A vinculação dos particulares e dos demais órgãos do Judiciário se opera em função do efeito vinculante (CF 102 § 2.º).

Em diversos momentos sustentamos que, em razão das especificidades do sistema brasileiro misto de controle de constitucionalidade, caso a eficácia *erga omnes* seja equiparada à força de lei alemã, incorrer-se-á em equívoco, a vinculação dos particulares ao dispositivo da sentença efetuada pela força de lei alemã é realizada no Brasil em decorrência do efeito vinculante, do contrário ter-se-ia que admitir que sentenças coletivas também podem incidir com força de lei no plano material e vincular os particulares; também seria inócuo o conteúdo do inciso X do art. 52 da Constituição, afinal não seria necessária a

¹⁸⁵ Gilmar Ferreira MENDES, Inocêncio Mártires COELHO e Paulo Gustavo Gonet BRANCO, p. 1280.

¹⁸⁶ Cf. Roger Stiefelmann LEAL. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 150.

resolução do Senado para suspender a lei considerada inconstitucional em sede difusa.

Em que pese o argumento dos prestigiados constitucionalistas, não coadunamos com a idéia de se estenderem os efeitos vinculantes aos motivos determinantes da sentença constitucional. Dessa forma, passaremos a discorrer sobre os motivos que não permitem que concordemos com a tese da vinculação aos motivos determinantes.

Importante destacar que na Alemanha a vinculação aos motivos determinantes não alcança os particulares nem o próprio Tribunal Constitucional, e o feito vinculante em relação à *ratio decidendi*, mesmo na Alemanha, tem sofrido severas críticas¹⁸⁷.

Atribuir efeito vinculante aos motivos determinantes da sentença constitucional pode acarretar um entrave à evolução constitucional¹⁸⁸. São diversos os motivos que nos levam a não estender o efeito vinculante à *ratio decidendi*.

Imprescindível destacar a diferença existente entre a vinculação oriunda do *stare decisis* da *common law* em relação à vinculação pelos motivos determinantes. Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, o regime dos precedentes¹⁸⁹ não é um procedimento mecânico e rígido de aplicação do direito.

¹⁸⁷ Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 813 e 817. Cf. Peter HÄBERLE. El recurso de amparo en el sistema Germano-Federal, in: *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. García Belaunde / Fernández Segado (orgs.). Madrid: Dykinson, 1997, pp. 272/273. Recentemente o STF negou a extensão do efeito vinculante aos motivos determinantes, afirmando que: “Em recente julgamento, o Plenário do STF rejeitou a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes das decisões de ações de controle abstrato de constitucionalidade (Rcl 2475-AgR, j. 2.8.2007) (STF, Pleno, AgRgRcl 2990-RN, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16.8.2007, v.u., DJU 14.9.2007, p. 30)”.

¹⁸⁸ Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 813.

¹⁸⁹ O estudo acerca dos precedentes será aprofundado em capítulo específico da pesquisa, quando confrontaremos esse instituto com a súmula vinculante.

Laurence Tribe, constitucionalista norte-americano, é enfático ao dispor que o *stare decisis* é apesar de tudo um comando flexível¹⁹⁰.

O precedente é uma concreta decisão jurisprudencial que se encontra vinculada ao caso historicamente concreto que decidiu, consiste em uma decisão jurisdicional que se impõe como padrão normativo, a ser aplicada, analogicamente, a casos semelhantes. A vinculação restringe-se ao plano do particular ao particular, não alcança o geral ao particular¹⁹¹.

A vinculação por precedentes é flexível, principalmente nos Estados Unidos, onde é permitido ao juiz aplicar a *overruling constitutional decisions* que, lhe possibilita reconhecer as especificidades e as necessidades de atualização da atividade interpretativa em razão das mudanças sociais na aplicação dos precedentes¹⁹². Castanheira Neves ensina que a vinculação advinda dos precedentes não é fixa e definitiva, permitindo equilíbrio entre a estabilidade e a continuidade jurídica de um lado e a abertura e a liberdade jurisdicionais, por outro lado, mediante a utilização do *distinguishing* e do *overruling*¹⁹³.

No Brasil, não há fundamento para se aceitar a vinculação dos tribunais aos motivos determinantes da declaração de inconstitucionalidade com eficácia *erga omnes*, essa vinculação dos tribunais à *ratio decidendi* da decisão engessaria o sistema constitucional, impossibilitando a abertura e evolução do direito constitucional. A eficácia vinculante CF 102 § 2.º é restrita ao dispositivo da decisão. Junto com Rui Medeiros, podemos estender o raciocínio de Castanheira Neves sobre os assentos ao Brasil, afinal atribuir efeitos vinculantes aos motivos determinantes violaria gravemente o princípio da independência decisória dos

¹⁹⁰ Laurence H. TRIBE. *American Constitutional Law*. 3.ed. New York: Foundation Press, 2000, p. 243.

¹⁹¹ Antonio CASTANHEIRA NEVES. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra, 1983, p. 12.

¹⁹² Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 814.

¹⁹³ Antonio CASTANHEIRA NEVES. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 669.

juízes e o princípio da jurisdição¹⁹⁴. Isso porque a decisão de inconstitucionalidade é realizada em um processo *inter-partes*, podendo constituir precedente para os demais; contudo, a lei não é retirada do ordenamento jurídico, mesmo que exista a declaração de nulidade em razão da inconstitucionalidade, isso não significa que a lei julgada inconstitucional está retirada do ordenamento jurídico, algo apenas possível mediante via legislativa, de acordo com Paul, Kauper *the popular Idea that a court strikes down a statute may be symbolically accurate but is not theoretically correct. According to American theory only a legislature which enacted a statute has the Power to repeal it*¹⁹⁵. A lei considerada inconstitucional no sistema americano fica dormente, podendo ser objeto de nova averiguação diante de novas circunstâncias, ensejando uma declaração em favor de sua constitucionalidade, ou então mantém sua vitalidade na aplicação perante circunstâncias que não se encaixam no precedente, podendo assim ser considerada constitucional nas hipóteses não abrangidas pelo precedente¹⁹⁶.

Importante destacar o raciocínio de Rui Medeiros ao rejeitar a vinculação aos motivos determinantes, que na sua visão, introduziria uma ruptura no diálogo que deve existir entre o Tribunal Constitucional e os demais juízos¹⁹⁷. Argumenta Rui Medeiros que não faria sentido atribuir efeito vinculante aos motivos determinantes diante de um sistema misto de controle de

¹⁹⁴ Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 816. Castanheira Neves. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 271 et seq.

¹⁹⁵ Paul G KAUPER. Judicial review of constitutional issues in the United States, in: *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*. Hermann Mosler (org.), Berlim: Carl Heymanns Verlag, 1962, p. 611.

¹⁹⁶ Essa situação é explicada por Paul G. KAUPER: “However, as a practical matter, although the statute has not been repealed by the judicial DECISION, it is no longer enforceable since it may be supposed that if any other proceedings are brought under the same statute, they too will result in dismissals by reference to the principle of *stare decisis*. This is to say that it may be anticipated that the court which held the statute unenforceable in one case will find it equally unenforceable in the next case arising under it. The legislatures may repeal the statute after a court has found it unconstitutional and hence unenforceable, but again it should be emphasized that this is a legislative matter. If the statute under these circumstances is not repealed it lies dormant, and it may again become enforceable if in a later judicial proceeding the court, either because it regards its earlier decision as incorrect or because new circumstances have intervened, now finds the statute constitutional. It should be recognized also that in some situations a statute may be held invalid only in its application to the situation before the court and not invalid on its face. Here, clearly the statute may continue to have vitality in its application to other situations”. *Judicial review of constitutional issues in the United States*, p. 611.

¹⁹⁷ Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 816.

constitucionalidade, na medida em que “a recusa de atribuição de eficácia *erga omnes* aos julgamentos de inconstitucionalidade em sede de fiscalização concreta foi justamente forjada para, entre outras coisas, propiciar um *diálogo* entre os tribunais em geral e o Tribunal Constitucional¹⁹⁸”.

Esse raciocínio faz eco com nosso sistema misto de controle de constitucionalidade. Quando o STF realiza o controle difuso de constitucionalidade, este apenas adquire efeito *erga omnes*, mediante a suspensão da lei considerada inconstitucional, pelo Senado Federal, nos termos do art. 52 inciso X da Constituição. Mesmo que o controle de constitucionalidade possa ser feito em ação civil pública e assim adquirir efeito *erga omnes*, essa decisão de inconstitucionalidade está adstrita à motivação e não ao pedido principal, logo a declaração de inconstitucionalidade em si não adquire o efeito vinculante, conseqüentemente, não vincula os particulares. Logo, no Brasil, pelo sistema imposto pela Constituição Federal, fica evidente a renitência em se atribuir efeito vinculante a decisões que declararam a inconstitucionalidade de determinada lei como causa de pedir. Daí que, se nem para a declaração de inconstitucionalidade como motivo da sentença está autorizado o STF a lhe atribuir efeito vinculante, com maior razão podemos concluir que restaria vedado ao STF atribuir efeito vinculante a quaisquer outros motivos determinantes da sentença¹⁹⁹.

Um segundo ponto que precisa ser destacado a respeito do risco de se atribuir efeito vinculante aos motivos determinantes é a flexibilização do princípio da congruência que rege o processo constitucional²⁰⁰.

¹⁹⁸ Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 817.

¹⁹⁹ Recentemente o STF pronunciou-se sobre o tema negando a atribuição de efeito vinculante aos motivos da sentença. No julgamento do agravo regimental na reclamação 2475-MG, o pleno decidiu por maioria de votos que o efeito vinculante ficava vinculado ao dispositivo da decisão, ficaram vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Celso de Mello. A reclamação restou assim ementada: **COFINS. LC 70/91. ADC 1-DF. Julgamento. Alcance.** No julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF, o Colegiado não dirimiu controvérsia sobre a natureza da Lei Complementar nº 70/91, consubstanciando a abordagem, no voto do relator, simples entendimento pessoal (STF, Pleno, AgRgRcl 2475-MG, rel.p/ac., Min. Marco Aurélio, j. 2.8.2007, m.v., DJUE n. 18, div. 31.1.2008, publ. 1.2.2008).

²⁰⁰ Sobre o tema v. Francisco Fernandez SEGADO. *La jurisdicción constitucional en España*, p. 672.

Diante do controle abstrato de constitucionalidade, o STF encontra-se vinculado ao pedido, não podendo invertê-lo; contudo, não estando vinculado à causa de pedir, ao decidir sobre a nulidade de dispositivos da lei questionada, pode estender sua declaração de inconstitucionalidade a preceitos conexos ou que sejam consequência dos principais²⁰¹.

Em decorrência da maleabilidade que possui o princípio da congruência no processo constitucional, o STF pode alterar a causa de pedir, mas não o pedido, conforme já realçamos. Caso se atribua efeito vinculante aos motivos determinantes da sentença constitucional, possibilitar-se-á ao STF por outras vias uma atuação oficiosa no controle de constitucionalidade.

O STF, por não estar vinculado à causa de pedir, poderá trocá-la ou substituí-la, e ao se agregar efeito vinculante a essa motivação, estar-se-á possibilitando ao STF apreciar determinadas questões sem ter sido provocado de forma oficiosa. Isso permitiria ao Pretório Excelso manifestar-se sobre diversas questões sem ter sido devidamente provocado, atribuindo-lhe praticamente uma atuação oficiosa no controle de constitucionalidade.

A vinculação aos motivos determinantes também merece ser rechaçada porque a delimitação dos motivos determinantes não é algo fácil. Essa dificuldade é encontrada até mesmo na Alemanha, onde é tormentosa a definição do que seriam os motivos da decisão do *Bundesverfassungsgericht*, o que seria *tragenden Gründen* ou apenas *obiter dicta*²⁰². Essa mesma dificuldade é encontrada no regime do *stare decisis*; não por raras vezes haverá controvérsias acerca de quais partes da decisão são consideradas precedentes e, assim, possuem sua vinculação normativa e quais são simplesmente *dicta*; afinal, conforme ressalta Toni M. Fine, “inicialmente se concede respeito ao precedente

²⁰¹ v. Francisco Fernandez SEGADO. La jurisdicción constitucional en España, p. 672.

²⁰² Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, pp. 817/818.

somente se ele for resultado de uma fundamentada e cuidadosa análise judicial baseada em um intenso contraditório exercido pelas partes²⁰³”.

Conferir efeito vinculante aos motivos determinantes da sentença constitucional pode ocasionar uma atuação inconstitucional do STF, que poderia, nas causas de maior complexidade, usurpar a competência do STJ tal como definida no art. 105 da Constituição.

Em diversos casos de maior complexidade, o STF precisa interpretar a legislação federal como causa de pedir antes de proferir sentença. O STJ é o órgão incumbido de interpretar em última instância a legislação federal tal como dispõe o art. 105 III da Constituição. Dotar de efeito vinculante os motivos determinantes da sentença proferida pelo STF pode ocasionar a usurpação de competência do STJ no momento em que o Supremo tiver que interpretar a legislação federal na motivação de sua decisão. A competência do STJ é fixada constitucionalmente (CF 105 III); assim, nem mesmo o STF pode ultrapassar sua competência e agregar efeito vinculante ao decidir matérias cuja competência final é do próprio STJ.

Para encerrarmos a questão da ampliação do efeito vinculante aos motivos determinantes, concluímos que essa ampliação acaba por atribuir poderes demasiados ao STF, o que pode acarretar o engessamento do sistema constitucional e a usurpação de competência de outros tribunais.

Esse alerta é ricamente demonstrado por Peter Häberle, para quem atribuir efeito vinculante aos motivos determinantes da sentença constitucional pode ocasionar a canonização da *ratio decidendi*, algo contrário a uma compreensão dinâmica da Constituição. Caso se estendesse a força vinculante aos motivos determinantes, o “diálogo jurídico” ficaria entorpecido, os demais tribunais perderiam a coragem para alcançar outras interpretações da Constituição e a força inovadora de eventuais votos particulares seria

²⁰³ Toni M. FINE. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano, p. 94.

desatendida. Essa vinculação faria com que a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição ficasse ao menos em parte fechada²⁰⁴.

2.6.2 Vinculação do legislador.

Questão extremamente problemática em relação aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade é sua relação com o legislador, se este ficaria vinculado à decisão proferida pelo Judiciário. Basicamente três posicionamentos sobre o tema podem ser adotados: a) admitem a vinculação do legislador; b) ecléticos admitem a vinculação dentro de determinados limites; c) não admitem em nenhuma hipótese a vinculação.

A primeira corrente pode ser representada por Canotilho, que defende a existência da vinculação do legislador à decisão proferida pelo Tribunal Constitucional, sendo-lhe vedado neutralizar ou contrariar a declaração de inconstitucionalidade mediante a convalidação retroativa por ato legislativo de atos administrativos baseados em norma declarada inconstitucional²⁰⁵. Canotilho reforça seu argumento pela vinculação, afirmando que “o legislador não pode constitucionalizar através de lei o que é inconstitucional e como tal foi declarado pelo TC²⁰⁶”.

Nessa corrente também merece destaque a opinião de Jorge Miranda; para este constitucionalista, a força obrigatória geral traduz-se em vinculatividade para todas as entidades públicas e privadas, inclusive para o legislador e os demais órgãos legislativos, os quais não podem voltar a publicar a norma inconstitucional, exceção apenas para o caso de inconstitucionalidade

²⁰⁴ Peter HÄBERLE. El recurso de amparo en el sistema Germano-Federal, p. 273. Criticando a vinculação pelos motivos determinantes cf. Nelson NERY JUNIOR e Rosa M. A. NERY. *Constituição Federal Comentada*, coment. 68 CF 102, pp. 486/487.

²⁰⁵ J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 982.

²⁰⁶ J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 982.

formal que, se sanada, permite uma nova publicação da lei, anteriormente, declarada inconstitucional²⁰⁷.

Paulo Otero está inserido na corrente intermediária, ainda que admitindo a vinculação da decisão declaratória de inconstitucionalidade, enquanto o quadro constitucional não sofrer alteração no ponto concreto, repudia a vinculação do legislador quando o Tribunal Constitucional proferir uma decisão inconstitucional. Aceitar que o legislador ficaria vinculado pela coisa julgada formada na decisão de inconstitucionalidade poder-se-ia traduzir em um perigoso domínio absoluto do Tribunal Constitucional, que assumiria o papel de um verdadeiro órgão supraconstitucional. Também ficaria reduzido o espaço democrático-representativo da legitimidade política subjacente aos órgãos legislativos. Assim, sempre diante de uma decisão inconstitucional por parte do Tribunal Constitucional, Paulo Otero admite a possibilidade de o legislativo a faculdade de repetir o ato, mesmo que ele possa novamente ser objeto de outra declaração de inconstitucionalidade²⁰⁸.

Blanco de Moraes também possui uma posição intermediária, se bem que na sua conclusão se aproxima da proibição de vinculação do legislador. Na sua concepção, todos os poderes públicos, inclusive o legislativo, estão sujeitos aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, contudo cada um dos poderes está sujeito a diferentes graus de vinculação. O efeito vinculante, em relação ao legislador, não pode ser tão intenso como o que se opera em relação ao poder administrativo e jurisdicional²⁰⁹.

A força obrigatória geral advinda da decisão que declarou a inconstitucionalidade de determinada norma fixa uma regra geral que impede o legislador de reeditar uma norma análoga que contenha os mesmos vícios. Desconsiderar essa regra implicaria uma imunidade do poder legislativo diante do caso julgado material e da força obrigatória geral existente na decisão de

²⁰⁷ Cf. Jorge MIRANDA. *Manual de direito constitucional*. t. II, 3.ed., Coimbra: Coimbra Ed.,1996, p. 484.

²⁰⁸ Paulo OTERO. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993, pp. 144/145.

²⁰⁹ Carlos BLANCO DE MORAIS. *Justiça constitucional*. t. II., p. 215.

inconstitucionalidade. Essa imunidade do legislativo conduziria a um esvaziamento da eficácia da decisão de inconstitucionalidade²¹⁰.

Entretanto, essa vinculação não é absoluta, seus efeitos são relativos, porque “as circunstâncias que motivaram uma decisão de inconstitucionalidade podem, tal como se antecipou, sofrer alterações susceptíveis de justificarem a reedição da norma inconstitucional ou a aprovação de norma com conteúdo idêntico²¹¹”.

Desse modo, se o Tribunal Constitucional estender a reedição da norma anteriormente declarada inconstitucional, não se baseará em nenhuma alteração circunstancial fundamental; ao ser provocado, poderá sumariamente declarar a inconstitucionalidade dessa nova lei, fundamentando sua decisão nos efeitos do caso julgado produzido pela primeira declaração de inconstitucionalidade. Caso o Tribunal entenda que tenha existido uma essencial alteração das circunstâncias, ele poderá modificar seu entendimento anterior, não julgando inconstitucional a nova lei²¹².

A terceira corrente é representada por Rui Medeiros, para quem a relação da vinculação do legislador é um problema fundamentalmente constitucional, não se podendo invocar nesse domínio as proibições de reprodução existentes noutros ramos do direito processual²¹³. No mesmo sentido, Peter Obendorf rechaça a vinculação do legislador em razão da revogação de lei por decisão da Corte Constitucional²¹⁴.

A vinculação do legislador pela decisão de inconstitucionalidade é problemática; afinal não existiria órgão superior apto a controlar a

²¹⁰ Carlos BLANCO DE MORAIS. *Justiça constitucional*. t. II., p. 218.

²¹¹ Carlos BLANCO DE MORAIS. *Justiça constitucional*. t. II., p. 218.

²¹² Carlos BLANCO DE MORAIS. *Justiça constitucional*. t. II., p. 219.

²¹³ Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 822.

²¹⁴ Peter OBERNDORFER. A justiça constitucional no quadro das funções estaduais, in: *Justiça Constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas*, Lisboa, 1987, p. 171.

constitucionalidade dessa decisão, o que abriria caminho para uma alteração implícita da lei fundamental, convertendo o Tribunal Constitucional num quase legislador constitucional ou numa espécie de intérprete único e autêntico da Constituição, funções que não lhe competem. A reaprovação pelo legislador de uma lei idêntica à declarada inconstitucional pode, na verdade, ser vista como um apelo para que o Tribunal Constitucional reflita melhor sobre os fundamentos pelos quais foi declarada a anterior inconstitucionalidade²¹⁵.

Acolhemos então a proibição de vinculação do legislador diante da decisão de inconstitucionalidade, até porque a impossibilidade de renovação da lei julgada inconstitucional colocaria o legislador numa nítida posição de subalternidade em relação ao Judiciário²¹⁶. Admitir a recusa de uma proibição de vinculação do legislador “traduz apenas o reconhecimento de que uma Constituição viva exige que a sua interpretação resulte de uma relação dialética entre o legislador e o órgão de controlo²¹⁷”.

Corroboramos o posicionamento de Rui Medeiros, não admitimos a vinculação do legislador²¹⁸, com maior ênfase ainda aqui no Brasil, onde o STF não possui a estrutura organizacional de um Tribunal Constitucional²¹⁹. Sob a

²¹⁵ Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 831.

²¹⁶ Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 832. Criticando a vinculação do legislador cf. Nelson NERY JUNIOR e Rosa M. A. NERY. *Constituição Federal Comentada*, coment. 69 CF 102, pp. 487/488.

²¹⁷ Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 833. Para uma crítica ao posicionamento de Rui MEDEIROS v. Jorge MIRANDA. Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade, pp. 807/808.

²¹⁸ Nesse sentido cf. Gilmar Ferreira MENDES e Ives Gandra da Silva MARTINS. *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 595. Cf. ainda nota de rodapé 346 da obra citada em que são elencadas decisões do STF que não admitiram a vinculação do legislativo.

²¹⁹ Importante destacar que o STF já se manifestou afirmando que o efeito vinculante não repercute sobre o Legislativo, apenas sobre o Executivo e sobre o Judiciário, não cabendo a utilização da reclamação contra a promulgação de uma lei de idêntico teor à declarada inconstitucional pelo STF. Cf. “Consequente possibilidade de o legislador editar lei de conteúdo idêntico ao de outro diploma legislativo declarado inconstitucional, em sede de controle abstrato, pela Suprema Corte. Inviabilidade de utilização, nesse contexto, do instrumento processual da Rcl como sucedâneo de recursos e ações judiciais em geral. Rcl não conhecida. O efeito vinculante e a eficácia contra todos (*erga omnes*), que qualificam os julgamentos que o STF profere em sede de controle normativo abstrato, incidem, unicamente, sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e os do Poder Executivo, não se estendendo, porém, em tema de produção normativa, ao legislador, que pode, em consequência, dispor, em novo ato legislativo, sobre a mesma matéria versada em legislação anteriormente declarada inconstitucional pelo STF, ainda que no âmbito de

ótica processual, é possível evidenciar por que não se vincula o legislador com a decisão de inconstitucionalidade. Consoante expusemos, o processo abstrato de constitucionalidade tem natureza objetiva, não possui partes. Assim, quando se admite a vinculação do legislador – órgão prolator da lei declarada inconstitucional o órgão legislativo é posto no polo passivo da ADIn, é como se o legislador devesse arcar com os efeitos da sucumbência.

Schönke ensinava que, junto ao efeito vinculante, a coisa julgada produzia outro excludente, a parte vencida ficava impedida após o trânsito em julgado de alegar ou praticar fatos que poderiam justificar uma resolução distinta²²⁰. Essa proibição (impedimento) em relação à parte vencida não pode ser aplicada no processo constitucional, não pode o Legislativo ficar vinculado à coisa julgada proveniente da decisão de inconstitucionalidade, porque o legislador não é réu na ADIn, a declaração de inconstitucionalidade não ocasiona a sucumbência do legislador.

Admitir a vinculação do legislador gera grande risco para a dinamicidade e a vivência da Constituição, na medida em que “a aceitação de uma proibição de reprodução conduz a uma espécie de *canonização* da interpretação acolhida pela jurisdição constitucional. A proibição de renovação do acto põe assim em causa a abertura da Constituição, tendo uma consequência bloqueadora e podendo mesmo conduzir à fossilização da Constituição²²¹”. Admitir a vinculação do legislador à decisão de inconstitucionalidade perverte o Estado Democrático, transformando o STF no órgão estatal mais poderoso, com *status* de poder constituinte²²².

Helmut Simon prescreve que a vinculação do legislador deve ser encarada sob a ideia do Estado social de direito e da democracia. Deve ser

processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, sem que tal conduta importe em desrespeito à autoridade das decisões do STF. Doutrina. Precedentes. Inadequação, em tal contexto, da utilização do instrumento processual da reclamação (STF, Rcl(MC) 5442-PE, rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 31.8.2007 DJU 6.9.2007, p. 58)”.
²²⁰ Adolfo SCHÖNKE. *Derecho procesal civil*, p. 269.
²²¹ Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 826.
²²² Cf. Carmen BLASCO SOTO. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, p. 278.

admitida a reprodução da lei considerada inconstitucional para que as mudanças sociais e políticas possam sempre ser contempladas; para tanto é necessário manter abertas todas as vias possíveis para a solução dos entraves constitucionais, até mesmo com a reapreciação da constitucionalidade da lei pelo Tribunal Constitucional. Admitir uma rígida fixação para o futuro da atividade legislativa pode conduzir a uma petrificação da Constituição²²³. Não se pode vincular a atividade legislativa futura em razão de uma decisão de inconstitucionalidade, porque em uma democracia com divisão de poderes é vedada uma interpretação jurídica sem limites que transforme em soberano (STF) quem unicamente é súdito da Constituição²²⁴.

De acordo com Helmut Simon, o princípio democrático impede, por seu lado, a adoção de soluções que transformem o Tribunal Constitucional (STF) de simples guardião da Constituição ao senhor da lei fundamental.

Negar a vinculação do Legislativo às decisões do Judiciário, não implica admitir que sobre sua atuação não opere nenhum limite; assim, será inconstitucional a ação do Legislador, que durante a pendência de um processo (e.g. ADIn), editar, com eficácia retroativa, uma disposição de conteúdo exatamente igual ao do texto normativo que está a ser apreciado com o intuito de malograr o processo de apreciação pendente²²⁵. Essa intromissão do Legislativo será inconstitucional, podendo ser corrigida sumariamente, mediante a reclamação nos termos da CF 102 I /.

Por fim, é mister mencionar a possibilidade de responsabilização do Legislativo em relação às decisões de inconstitucionalidade, tal como foi exposto, o legislador não está *de jure* vinculado às decisões de inconstitucionalidade. Contudo, ensina Rui Medeiros, caso o legislativo persista teimosamente na promulgação da lei anteriormente declarada inconstitucional,

²²³ Helmut SIMON. La jurisdicción constitucional, in: *Manual de derecho constitucional*. Benda / Maihofer / Vogel / Hesse / Heyde. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 842. cf. também p. 851.

²²⁴ Helmut SIMON. La jurisdicción constitucional, p. 854.

²²⁵ Esse é o posicionamento de Peter OBERNDORFER. A justiça constitucional no quadro das funções estaduais, p. 172.

ignorando sem motivo justificativo o sentido da jurisprudência constitucional, será possível uma ação de responsabilidade civil pelo ilícito legislativo a fim de demonstrar a conduta ilícita do legislador. Todavia, o ilícito decorre não do desrespeito pela declaração de inconstitucionalidade, mas da reincidência na inconstitucionalidade²²⁶.

O legislador pode ser responsabilizado quando podia e devia ter evitado a aprovação de lei inconstitucional. Ainda que essa situação possa parecer embaraçosa num primeiro momento, deve-se ressaltar que o juízo de reprovação acerca da conduta do legislador não é moral, e sim jurídico, algo frequentemente realizado pelos tribunais na apuração da responsabilidade do estado em decorrência de ilícito²²⁷.

Cumprе esclarecer que a não proibição de reprodução do ato considerado inconstitucional não alcança o Executivo. No caso de uma medida provisória ser considerada inconstitucional em ADIn, não pode o Presidente da República reeditar medida provisória julgada desconforme à Constituição pelo STF, sem que tenha havido uma alteração substancial nas circunstâncias fáticas aptas a modificar a anterior decisão de inconstitucionalidade. Não concordamos com Roger Stiefelmann, para quem, após a Emenda Constitucional n. 45, em razão da troca da expressão *Poder Executivo* por *Administração Direta e Indireta*, estaria o Presidente fora do alcance das decisões provenientes do controle de constitucionalidade, podendo, dessa forma, reproduzir em medidas provisórias projetos de leis e decretos teores normativos idênticos aos já declarados inconstitucionais pelo STF²²⁸.

Não é possível corroborar o posicionamento supramencionado, porquanto é evidente que na expressão *Administração Direta* está incluído o chefe do Poder Executivo; a definição de *Administração Direta* está no art. 4.º

²²⁶ Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*. p. 840. Cf. Rui MEDEIROS. *Ensaio sobre a responsabilidade civil do estado por actos legislativos*. Coimbra: Almedina, 1992. p. 188 et seq.

²²⁷ Cf. Rui MEDEIROS. *Ensaio sobre a responsabilidade civil do estado por actos legislativos*, pp. 188/193.

²²⁸ Roger Stiefelmann LEAL. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, p. 156.

inciso I do Decreto-lei 200/67²²⁹, que possui a seguinte redação: *I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios*. No mesmo sentido manifesta-se Hely Lopes Meirelles, ensinando que: “no âmbito federal, a *Administração direta é o conjunto dos órgãos integrados na estrutura administrativa da União e a Administração indireta é o conjunto dos entes (personalizados) que, vinculados a um Ministério, prestam serviços públicos ou de interesse público*²³⁰”. Destarte, é impossível não incluir o Presidente da República dentro da acepção Administração Direta; não procede, portanto, o argumento de que a troca da expressão *Poder Executivo* por *Administração Direta e Indireta* desvincularia o Presidente da República da decisão de inconstitucionalidade.

O Presidente da República está vinculado à decisão de inconstitucionalidade; não pode, assim, reeditar uma medida provisória idêntica à declarada inconstitucional em sede de controle concentrado; a margem de atuação do Presidente da República, por ser agente da Administração pública, é bem menor que a do Legislativo. A atividade administrativa, antes de ser vinculada à legalidade, é vinculada à própria Constituição; a administração deve ser sempre conforme à Constituição, principalmente no que se refere aos direitos fundamentais²³¹. Não pode o Presidente da República reeditar medida provisória considerada inconstitucional sem que tenha ocorrido uma alteração fática

²²⁹ Hely Lopes MEIRELLES explica: “O Estatuto da Reforma Administrativa (Dec.-lei 200/67) classificou a Administração Federal em *direta* e *indireta*, constituindo a primeira ‘dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios’ (art. 4.º, I), o que está ratificado, em outros termos pelos arts. 15 e 29 da Lei 8490/92. Quanto à *indireta*, apenas indica as categorias de entidades nela compreendidas, esclarecendo que as dotadas de personalidade jurídica própria e vinculadas ao Ministério em cuja área de competência se enquadrar sua principal atividade, gozando entretanto de autonomia administrativa e financeira (arts. 4.º, II, e § 1.º, e 5.º, I a III do Dec.-lei 200/67 e 29 da Lei 8.490/92, que, neste artigo e no art. 15, faz expressa referência àquele decreto-lei). Daí podermos dizer que, nos termos do Dec.-lei 200/67, a *Administração indireta* é a constituída dos serviços atribuídos a *peçoas jurídicas diversas da União, públicas* (autarquias) ou *privadas* (empresas públicas e sociedades de economia mista), vinculadas a um Ministério, mas administrativa e financeiramente autônomas. Convém ter presente que a Lei 11.107, de 6.4.2005, que instituiu os consórcios públicos constituídos como associações públicas e, assim, como pessoas de direito público, ou como pessoas de direito privado, diz, textualmente, que o primeiro integra a administração indireta de cada um dos entes da Federação consorciados para a realização de objetivos de interesse comum (art. 6.º, § 1.º)”. Hely Lopes MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 736.

²³⁰ Hely Lopes MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*, p. 737.

²³¹ Sobre o tema cf. Hans WOLFF, Otto BACHOF e Rolf STROBER. *Direito administrativo*, v. 1, p. 434.

substancial que enseje a existência dos requisitos de relevância e urgência (CF 62 *caput*), anteriormente considerados inexistentes pela decisão do STF.

Se o Presidente da República insistir na reedição da medida provisória, já declarada inconstitucional pelo STF, estará agindo em desconformidade com o princípio da constitucionalidade e da legalidade, porque no Estado Constitucional “todas as autoridades administrativas estão vinculadas às interpretações publicadas das normas constitucionais feitas pelo Tribunal Constitucional²³²”.

A atuação da Administração Pública, ainda que no exercício de função normativa, qual seja a edição de medidas provisórias, está vinculada às decisões do STF; logo, se uma medida provisória for editada de maneira idêntica à anteriormente, declarada inconstitucional, sem que tenha havido alterações fáticas substanciais, a nova medida provisória poderá ser sumariamente considerada inconstitucional por meio da utilização da reclamação por violação da decisão de inconstitucionalidade, anteriormente proferida. O Executivo está vinculado às decisões do STF, assim, ao contrário do Legislativo, não possui margem de atuação, não poderá reeditar medida provisória considerada inconstitucional; se o fizer, estará cometendo crime de responsabilidade. O mesmo ocorrerá se insistir na edição de medida provisória já rejeitada pelo Congresso Nacional.

A reedição apenas será permitida caso as circunstâncias fáticas tenham se alterado, ou seja, se antes não estavam caracterizados os requisitos de urgência e relevância, ao ser reeditada a medida provisória, estes podem estar caracterizados, o que ensejaria a constitucionalidade da nova medida provisória, ainda que seu teor textual seja idêntico. Contudo, reafirmamos, se não houver alteração fática relevante, a medida provisória não poderá ser reeditada, o Presidente fica vinculado à decisão de inconstitucionalidade.

²³² Hans WOLFF, Otto BACHOF e Rolf STROBER. *Direito administrativo*, v. 1, p. 435.

2.6.3 Vinculação do próprio STF às suas decisões.

Outro tema polêmico referente ao alcance da decisão de inconstitucionalidade diz respeito aos limites da vinculação do STF às suas próprias decisões. Primeiramente, cumpre esclarecer que a decisão de inconstitucionalidade, ainda que produza efeitos *erga omnes* e *vinculante*, esses efeitos restringem-se à lei ou aos dispositivos da lei que foram objetos do controle abstrato de constitucionalidade; assim, a coisa julgada não se estende a outros atos legislativos similares que podem ser impugnados pelos mesmos vícios²³³.

Nesse item serão examinadas as questões acerca de se é possível, após o STF declarar a constitucionalidade de uma lei, ela ser novamente objeto de outro controle de constitucionalidade. Canotilho entende que o Tribunal Constitucional está vinculado às suas decisões, sobretudo à decisão de declaração de normas, devendo decidir todos os recursos nele pendentes de acordo com essa declaração²³⁴.

Sobre o tema, Blanco de Moraes ensina que em regra os Tribunais Constitucionais tendem a se manter fiéis à sua jurisprudência afim de assegurar a segurança jurídica. Entretanto, podem operar-se alterações constitucionais, legislativas e doutrinárias, bem como transformações políticas, econômicas e sociais passíveis de justificar uma interpretação evolutiva. A modificação pode também ter ocorrido nas pré-compreensões políticas e filosóficas dominantes na composição do Tribunal²³⁵. No mesmo sentido, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins admitem a reapreciação da legitimidade de uma lei caso haja significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes²³⁶.

²³³ Nesse sentido Allan R. Brewer CARIAS. *Estado de Derecho e control judicial. Justicia constitucional, contencioso-administrativo y derecho de amparo*. Madrid: Instituto Nacional de Administracion Publica, 1987, p. 185 e p. 187.

²³⁴ J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 983. No mesmo sentido Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 827.

²³⁵ Carlos BLANCO DE MORAIS. *Justiça constitucional*. t. II, pp. 207/208.

²³⁶ Gilmar Ferreira MENDES / Ives Gandra da Silva MARTINS. *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 591.

De maneira geral podemos afirmar que a doutrina reconhece a vinculação dos tribunais constitucionais (STF) às suas próprias decisões, todavia essa vinculação não é inexorável diante de mutações jurídicas ou de alterações fáticas significativas; o STF pode afastar ou rever suas decisões, possuindo o ônus da argumentação para tanto.

Nesse instante devemos examinar quais são os elementos necessários para que o Tribunal altere sua interpretação e reveja seus julgados. O Tribunal diante de uma alteração da situação normativa, deverá modificar sua interpretação. Isso ocorre quando a norma deixa de se ajustar às relações fáticas ou usos que o legislador tinha perante si quando editou a lei. Quando esse desajuste ocorrer, cabe ao Judiciário alterar sua interpretação, desde que essa interpretação possa ser encoberta pelo teor literal da norma²³⁷.

Karl Larenz ensina que: “os Tribunais podem abandonar a sua interpretação anterior porque se convenceram de que era incorreta, que assentava em falsas suposições ou em conclusões não suficientemente seguras²³⁸”. Prossegue o autor afirmando que: “é também possível que uma interpretação que aparecia originariamente como conforme à Constituição, deixe de o ser na sequência de uma modificação das relações determinantes. Então é de escolher a interpretação, no quadro das possíveis segundo os outros critérios de interpretação, que seja agora a única conforme a Constituição²³⁹”. Da mesma maneira, Zeidler entende que “as decisões do Tribunal Constitucional não podem ter a pretensão de valer para a eternidade, mas pelo contrário têm de ser sempre acessíveis a uma revivificação cuidadosa e eventualmente a uma correção bem fundamentada²⁴⁰”.

²³⁷ Sobre alteração da situação normativa v. Karl LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 495 *et seq.* Sobre o teor literal como limite para a elaboração da norma diante da teoria estruturante cf. Friedrich MÜLLER. *O novo paradigma do direito*, p. 157 *et seq.*

²³⁸ Karl LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, p. 498.

²³⁹ Karl LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, p. 499.

²⁴⁰ Wolfgang ZEIDLER. A justiça constitucional no quadro das funções do Estado, p. 79. Peter Alexander MÜLLER admite a alteração da jurisprudência pelo Tribunal Federa; Suíço, manifestando-se nos seguintes termos: “a questão da vinculação do Tribunal Federal à sua própria

Diante das assertivas supramencionadas de Larenz, deve-se aceitar uma flexibilização da vinculação do STF às suas decisões em razão de alterações fático-jurídicas substanciais, ou ainda quando a interpretação anteriormente conferida pelo STF passe a ser inconstitucional²⁴¹.

Em geral a doutrina constitucional admite a reapreciação da legitimidade de uma lei que já tenha sido objeto do controle de constitucionalidade com base na cláusula *rebus sic stantibus* que estaria contida na sentença, o que permitia que fosse suscitada a inconstitucionalidade de norma já declarada constitucional pelo STF²⁴².

Essa invocação da cláusula *rebus sic stantibus* é feita principalmente com base na obra de Schönke²⁴³, de acordo com esse

jurisprudência não está expressamente resolvida, nem num preceito constitucional, nem na lei orgânica do Tribunal. O Tribunal Federal, por razões de segurança jurídica, tem seguido a regra de não alterar facilmente os seus próprios precedentes, e até se sente vinculado à decisão anterior nos casos em que a mesma questão se repita. Mas isso não deve conduzir à petrificação de jurisprudência do Tribunal Federal. Quando, após nova análise, o Tribunal conclui que não pode manter a prática anterior – nomeadamente quando as situações de facto e de direito se alteram desde a sua última decisão -, julga de novo e de forma diferente. Tais sentenças não só são publicitadas, como também se chama a atenção simultaneamente para a alteração da jurisprudência, salientando na publicação da sentença esse afinamento. Conforme o grau de afinamento, assim este pode vir a significar na prática uma alteração da jurisprudência. Na publicação das sentenças o Tribunal explicita igualmente a confirmação da praxe anterior, bem como a constatação das críticas à sua atuação precedente”. Peter Alexander MÜLLER. A justiça constitucional no quadro das funções do Estado, in: *Justiça Constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas*, Lisboa, 1987, pp. 248/249.

²⁴¹ Carlos BLANCO DE MORAIS admite essa flexibilização dispondo que: “sem prejuízo do seu *status* como última instância na administração da justiça em questões de constitucionalidade, considera-se que o mesmo órgão deverá, à luz do princípio constitucional da fundamentação das sentenças, observar exigências análogas às que, por exemplo, foram densificadas pela Justiça Constitucional espanhola e motivar adequadamente as suas alterações de orientação. Sem constituir lei, a orientação jurisprudencial, que hoje é incontornável para o Estudo do Direito Constitucional, leva a que os operadores políticos e jurídicos façam um investimento de confiança na respectiva estabilidade. Daí que, caso se verifiquem alterações significativas, quer em relação a orientações constantes de decisões proferidas em fiscalização abstracta, quer em decisões tomadas pelo Plenário em controle concreto que se destinem a uniformizar a jurisprudência (n.º 1 do art. 79.º-A da LTC), se tem por adequado a sua cabal fundamentação devendo adequadamente explanados os motivos que justificam a alteração. Alterações bruscas, erráticas ou pretextuosas, desgarradas de uma justificação convincente, constituem uma manifestação de prepotência jurisdicional e depreciam a segurança das relações jurídicas”. *Justiça constitucional*. t. II., p. 210.

²⁴² Cf. Gilmar Ferreira MENDES e Ives Gandra da Silva MARTINS. *Controle concentrado de constitucionalidade*, vpp. 591/592. Sobre a cláusula *rebus sic stantibus* na declaração de inconstitucionalidade v. Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 828; Teori Albino ZAVASCKI. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, pp. 107/108.

²⁴³ Adolfo SCHÖNKE. *Derecho procesal civil*, pp. 273/276.

processualista, a coisa julgada pode ser revista diante de uma modificação das circunstâncias de fato, essa alteração deve ser significativa, verdadeiramente extraordinária e que afete toda a ordem jurídica, uma simples modificação legislativa não permite alteração da sentença transitada em julgado²⁴⁴.

No entanto, para que ocorra modificação da sentença transitada em julgado, em razão de alterações fáticas, Schönke identifica a necessidade de alguns elementos: a) deve existir uma sentença de condenação a prestações periódicas a vencer no futuro; b) deve ter ocorrido uma modificação das circunstâncias básicas (fundamentais) da sentença, e sempre com posteridade ao momento em que poderiam ter sido alegadas em juízo²⁴⁵.

Em face dessa breve explanação da tese de Schönke, é fácil constatar sua inadequação na solução da revisão do STF de suas decisões a respeito da (in)constitucionalidade de determinadas leis. A tese de Schönke é aplicável às demandas constitutivas nas quais ocorre uma condenação a prestações periódicas. A decisão de inconstitucionalidade é primordialmente declaratória e em nenhuma hipótese culminará em decisões condenatórias, e o próprio Schönke é enfático ao asseverar que em sua tese “no se admite contra lãs sentencias declarativas, y además no existe en tales casos una necesidad jurídica que la justifique, pus las partes pueden alegar todas las modificaciones sobrevenidas después de la conclusión del juicio de declaración²⁴⁶”.

Deve-se concluir que a teoria de Schönke é inadequada para estabelecer os limites da vinculação do STF às suas próprias decisões. A tese de Schönke exige a existência de uma sentença condenatória com prestações periódicas, algo inexistente no processo constitucional de controle abstrato de constitucionalidade, no qual a sentença é declaratória e não existe condenação em prestações periódicas.

²⁴⁴ Adolfo SCHÖNKE. *Derecho procesal civil*, p. 273.

²⁴⁵ Adolfo SCHÖNKE. *Derecho procesal civil*, p. 274.

²⁴⁶ Adolfo SCHÖNKE. *Derecho procesal civil*, p. 274.

Ocorre que uma decisão que declara constitucional ou inconstitucional uma lei não pode ser imutável no tempo, deverá ceder diante de alterações fáticas substanciais, mas como sustentar essa possibilidade de alteração sem recorrer à inconsistente tese da cláusula *rebus sic stantibus* e também sem ceder ao dogma da relativização da coisa julgada? Afinal, no processo objetivo de controle de constitucionalidade, o STF está vinculado às suas próprias decisões.

De nossa parte entendemos que a solução está na amplitude da eficácia preclusiva da coisa julgada. Essa eficácia está representada no art. 474 do CPC com a seguinte redação: *Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.*

Em razão da eficácia preclusiva da coisa julgada, fica vedado rediscutir a lide com base em novas alegações. Sempre lembrando que apenas o dispositivo da decisão é acobertado pela coisa julgada, ou seja, somente a decisão sobre o mérito (pretensão) transita em julgado²⁴⁷. As “questões que estão fora desses limites objetivos, naquilo em que puderem interferir com o *meritum causae*, não adquirem autoridade da coisa julgada, *per se*, mas são atingidas pela eficácia preclusiva²⁴⁸”.

O processualista Karl Heinz Schwab exemplifica a eficácia preclusiva explicando que, se um devedor promove pela segunda vez sua defesa (ação ou embargos), fundando-a agora em defesas que já poderiam tê-las alegado no primeiro processo, essas objeções ficam excluídas. Como o juiz ou o tribunal não as apreciaram no primeiro processo, a exclusão dessas defesas não é efeito da coisa julgada, e sim da eficácia preclusiva, instituto alheio à coisa julgada²⁴⁹. Caso a nova alegação não guarde relação com o material processual

²⁴⁷ Nelson NERY JUNIOR e Rosa M. A. NERY. *Código de processo civil comentado*, p. 709. V. Karl Heinz SCHWAB. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa America, 1968, p. 215 *et seq.*

²⁴⁸ Nelson NERY JUNIOR e Rosa M. A. NERY. *Código de processo civil comentado*, p. 709.

²⁴⁹ Karl Heinz SCHWAB. *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 226.

do primeiro processo, essa alegação não ficará excluída nem pela coisa julgada nem pela eficácia preclusiva²⁵⁰.

Agora cumpre esclarecer como a eficácia preclusiva contribui para resolver a vinculação do STF às suas próprias decisões no controle abstrato de constitucionalidade. Já afirmamos anteriormente que a coisa julgada no processo constitucional deve ser guiada por outros parâmetros, até porque seu escopo é distinto em relação ao processo civil comum.

No processo constitucional, a coisa julgada não tem a função de amparar direitos subjetivos, fazendo com que o Estado-juiz substitua a vontade das partes no processo em juízo. No processo constitucional não existe a tutela de direitos subjetivos nem mesmo partes existem no processo. O interesse tutelado no controle abstrato de constitucionalidade é difuso e sua natureza é objetiva.

A coisa julgada proveniente do controle concentrado de constitucionalidade não opera eficácia preclusiva, pode a decisão de inconstitucionalidade ser novamente questionada; afinal, se a causa de pedir for distinta, tratar-se-á de outra ação, e ainda que essa nova causa de pedir possa ter sido alegada no processo anterior, ela não fica preclusa, uma vez que não faria o mínimo sentido alegar-se eficácia preclusiva da coisa julgada em processo no qual a causa de pedir é aberta. É sob essa premissa que detalharemos nosso raciocínio.

O controle abstrato de constitucionalidade é um processo objetivo, não possui partes; desse modo, não existe pretensão processual – nos termos de um direito subjetivo - sobre a qual recairá a coisa julgada. Também expusemos que é da natureza do controle concentrado de constitucionalidade possuir causa de pedir aberta, ficando vedado ao STF a alteração do pedido, e não a modificação da causa de pedir. No que diz respeito à vinculação do STF às suas próprias decisões, basicamente duas situações podem ser observadas: a) sentenças em que é declarada a inconstitucionalidade e pronunciada a nulidade

²⁵⁰ Karl Heinz SCHWAB. *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 222.

da lei (sentença clássica); b) sentenças em que a decisão não incide sobre o texto normativo em si, mas em relação às possíveis variantes de sentido que o texto comporta (decisões sobre a hermenêutica e não sobre o texto da lei); c) sentenças em que é declarada a constitucionalidade da lei.

Na primeira hipótese (a), após a publicação da decisão que declarou a inconstitucionalidade e a nulidade da lei, essa sentença constitucional que nulificou tem a particular característica de atingir o direito material, ela retira a lei declarada inconstitucional do ordenamento jurídico, a lei objeto dessa sentença não pode mais produzir efeitos, após a publicação da sentença do STF²⁵¹.

Diante dessa decisão, entendemos que ocorre a vinculação do STF à sua decisão; se o STF decidir pela inconstitucionalidade do texto da lei em uma ADIn, essa lei é retirada do ordenamento jurídico; logo, não pode o STF em processo subsequente declarar a constitucionalidade da mesma lei. O Supremo mantém-se vinculado à coisa julgada anteriormente proferida, é vedado ao Pretório Excelso resgatar algo que não está mais contido na ordenança jurídica. Diante da hipótese (a), o Supremo está vinculado à sua decisão anterior, até por motivos lógicos uma sentença constitucional, oriunda do controle abstrato de constitucionalidade, quando declara a inconstitucionalidade do texto da lei, retira o ato normativo do ordenamento jurídico, o que impede a reapreciação desse mesmo ato. Se o texto da lei X é considerado inconstitucional pelo STF, ele é retirado do ordenamento jurídico, não pode o Supremo, posteriormente, declará-lo constitucional, ainda que existam alterações fático-jurídicas substanciais que autorizem um entendimento pela constitucionalidade, o Supremo fica vinculado à sua decisão anterior; esse impasse deve ser resolvido pela não vinculação do legislador que, anteriormente, defendemos. Se as modificações fático-jurídicas permitirem uma nova compreensão em favor da constitucionalidade da lei X, cabe ao Legislativo solucionar esse entrave, promulgando uma nova lei com teor idêntico ao da lei X, na medida em que o STF está impedido de rever sua decisão.

²⁵¹ Cf. J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 989. Desenvolvendo pormenorizadamente o tema v. Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 673 *et seq.*

A hipótese (b) é mais complicada e sobre ela incidirá a conceituação da eficácia preclusiva da coisa julgada que anteriormente explanamos. A segunda hipótese engloba as sentenças interpretativas provenientes tanto da interpretação conforme à Constituição bem como a arguição de nulidade sem redução de texto²⁵².

Nas sentenças interpretativas em que se aplica a *arguição de nulidade sem redução de texto*, o STF anula o sentido apresentado pelo texto da lei de maneira inconstitucional, aceitando, no entanto, outras possibilidades interpretativas. Ou seja, a lei X permite a interpretação X^1 , X^2 e X^3 , o STF exclui a interpretação X^1 porque contrária à Constituição, admitindo as demais possibilidades (X^2 e X^3) bem como as demais que possam surgir, desde que estejam em conformidade com a Constituição.

Na sentença interpretativa em que se aplica a *interpretação conforme à Constituição*, o STF define qual é a única interpretação constitucional de determinada lei, excluindo as demais que seriam inconstitucionais. No exemplo dado, o Supremo decidiria, *e.g.*, que apenas a interpretação X^1 é constitucional, sendo consideradas inconstitucionais as demais.

Na prática pode ocorrer que a única interpretação considerada constitucional pelo Supremo passe a ser considerada inconstitucional, ou a interpretação que o STF arguiu nula porque inconstitucional passe a ser constitucional, isso ocorre porque o Supremo, quando julga processo de controle concentrado de constitucionalidade, decide abstratamente, não há um caso jurídico enquanto suporte fático a ser decidido - normatizado, isso impede que o STF possa prever toda a constelação de casos que surgirão diante da aplicação da lei que foi objeto de sentença interpretativa. A mudança de entendimento do STF também pode ocorrer em razão de modificações fáticas e jurídicas significantes que obriguem o Supremo a rever suas decisões ou ainda a necessidade de revisão pode surgir em razão de mudança na composição do próprio Tribunal. Uma nova composição pode passar a entender que a única

²⁵² A tipologia das sentenças e a distinção entre a interpretação conforme e a arguição de nulidade sem redução de texto serão feitas no próximo capítulo da pesquisa.

interpretação considerada constitucional deixou de ser constitucional ou ainda que outras surgiram, ou que a interpretação que foi considerada nula passou a ser constitucional.

Perante esse quadro, entendemos que o STF pode rever suas decisões quando provocado; afinal, no controle abstrato de constitucionalidade, a causa de pedir é aberta, fica permitido ao Supremo modificar a causa de pedir oficiosamente; sendo assim, não faria sentido nesse paradigma – em que não há tutela de direitos subjetivos – alegar-se eficácia preclusiva da coisa julgada a fim de impedir que o Supremo reaprecie suas decisões²⁵³. Essa é a interpretação constitucionalmente adequada da causa de pedir aberta, que permite a reapreciação da decisão de inconstitucionalidade com base em nova causa de pedir e não entender que em razão da coisa julgada aberta deverá o STF, obrigatoriamente, examinar todos os fundamentos que poderiam ensejar a inconstitucionalidade²⁵⁴, pelo simples motivo de que é impossível ao Supremo conhecer todas as hipóteses que surgirão na aplicação da lei, sem dizer que a eficácia preclusiva é instituto voltado a promover segurança jurídica na resolução de lides que tutelam direitos individuais, não devendo ser importada para o paradigma do processo constitucional abstrato. Também é possível que o STF em decorrência de sua nova composição, entenda que a decisão anteriormente dada está errada e se prontifique a modificá-la, ou também é possível que uma interpretação que aparecia originariamente como conforme à Constituição deixe de o ser na sequência de uma modificação das relações determinantes²⁵⁵.

²⁵³ Em sentido contrário, admitindo a aplicação da eficácia preclusiva no controle concentrado cf. Luis Roberto BARROSO. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 174 *et seq.*

²⁵⁴ Admitindo a eficácia preclusiva no sentido que criticamos. cf. Roger Stiefelmann LEAL. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, p. 149; Em sentido contrário ao que propomos, defendendo a aplicação integral do art. 474 do CPC ao processo objetivo de controle de constitucionalidade, Teori Albino ZAVASCKI disserta: “em suma: declarada a procedência ou improcedência da ação declaratória de constitucionalidade ou da ação direta de inconstitucionalidade, haverá coisa julgada material insuscetível de ser modificada mediante nova ação, ainda que com outro fundamento legal. Aplica-se à hipótese o princípio segundo o qual a coisa julgada opera a preclusão do deduzido e do dedutível, que inspirou o art. 474 do CPC”. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, p. 107.

²⁵⁵ Cf. a já citada obra de Karl LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, p. 498/499.

O STF, quando decide abstratamente sobre controle de constitucionalidade de leis, não pode prever toda a constelação de sentidos interpretativos que surgirão no futuro. Consoante expusemos no primeiro capítulo da pesquisa, a norma não surge *ante casum*, e sim diante da problematização do caso concreto, ou seja, existe uma constelação de hipóteses interpretativas que o Supremo não pode prever quando julga um controle abstrato de constitucionalidade. O STF também não pode pressupor quais são todas as variantes que o sentido do texto pode adquirir com a historicidade, de acordo com o que explanamos, o sentido interpretativo é sempre histórico. Gadamer ensina que a significação de um signo sempre depende daquilo para que ele remete²⁵⁶, conseqüentemente, “o texto recebe um novo sentido, quando o ambiente que forma o contexto se ordena de maneira diversa²⁵⁷”.

Sobre a hipótese (c), na qual o Supremo decide abstratamente sobre a constitucionalidade de um determinado texto, essa sentença será objeto do próximo tópico, no qual será explicado nosso entendimento de por que não transita ou, ao menos, não deveria, transitar em julgado a decisão que declare a constitucionalidade de uma lei.

Neste tópico nos limitaremos a afirmar que o STF, ao decidir, abstratamente, pela constitucionalidade de um texto legal e negar ao Supremo a possibilidade de revisar essa sua decisão, seria teratológico. Na medida em que o Pretório Excelso, ao declarar a constitucionalidade de um texto legal, realiza essa declaração em abstrato, não pode o STF prever todos os desdobramentos e toda produção normativa que esse texto pode proporcionar quando confrontado com futuros suportes fáticos. Óbvio parece que, mesmo havendo uma declaração do Supremo pela constitucionalidade de uma lei, se esse texto der ensejo a

²⁵⁶ Hans-Georg GADAMER. *Hermenêutica em retrospectiva. A virada hermenêutica*. t. II. 2.ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 123.

²⁵⁷ Hans-Georg GADAMER. *Hermenêutica em retrospectiva. A virada hermenêutica*. t. II., p. 123. Interessante notar a argumentação de Adolfo Gelsi Bidart sobre decisões que em razão da natureza continuativa da relação em que se formam permite uma maior revisão dos tribunais sobre essas decisões. Cf. Adolfo Gelsi BIDART. Bases positivas para la noción de cosa juzgada, in: *Estudios jurídicos en memória de Eduardo J. Couture*. Montevideo: Facultad de Derecho, 1957, pp. 350/351.

interpretações inconstitucionais, ele poderá ser objeto de nova apreciação pelo STF.

Negar a possibilidade de o Supremo rever sua decisão em que havia declarado a constitucionalidade de determinado texto normativo seria algo perigosíssimo, o que permitiria e acabaria obrigando o Judiciário a aplicar leis inconstitucionais, porque essas leis não poderiam ser objeto de novo controle de constitucionalidade. Sem dizer que esse entendimento acabaria por contrariar um fundamento elementar do direito constitucional que consiste na possibilidade de fiscalizar a constitucionalidade dos atos normativos a qualquer tempo, porque a inconstitucionalidade não se convalida; nas palavras de Paulo Otero: “as normas inconstitucionais nunca se consolidam na ordem jurídica, podendo a todo o momento ser destruídas judicialmente²⁵⁸”.

Por conseguinte, a vinculação do STF à sua decisão em que declarou a constitucionalidade de determinado texto é ainda mais flexível, porque é impossível ao STF prever todas as variantes interpretativas que serão agregadas a uma lei, o que impede, por razões lógicas, a vinculação do Supremo à sua decisão de constitucionalidade. Admitir essa vinculação obrigaria a vigência e aplicação de leis inconstitucionais; essa vinculação seria algo impensável, até porque contraria um princípio fundamental do direito constitucional que consiste justamente, na possibilidade de se arguir a inconstitucionalidade das leis sempre que esta se apresente.

Em conclusão sobre a *vexata quaestio*, afirmamos que o STF está num primeiro momento vinculado às suas próprias decisões. A decisão que declara a inconstitucionalidade e a nulidade do texto da lei não pode ser revista porque retira a lei do ordenamento jurídico.

As decisões interpretativas, sejam as que aplicam a interpretação conforme, sejam as que utilizam a arguição de nulidade sem redução de texto, podem ser posteriormente revistas pelo STF porque, apesar de existir coisa julgada, no processo constitucional não incide a eficácia preclusiva da sentença.

²⁵⁸ Paulo OTERO. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, p. 120.

Em relação à decisão que declara a constitucionalidade de determinada lei, uma maior flexibilidade deve ser conferida a ela porque a inconstitucionalidade não se convalida, ela pode a qualquer momento ser argüida; admitir a vinculação do STF à sua decisão de constitucionalidade obrigaria à aplicação de leis que em razão de alterações fáticas e históricas se tornaram inconstitucionais.

O STF não fica vinculado inexoravelmente às suas decisões, pode alterar seu posicionamento, seja porque ocorreram alterações fáticas e jurídicas substanciais, seja porque o Supremo modificou seu entendimento e passou a considerar errônea a decisão anterior. A vinculação do STF às suas sentenças não pode ser inexorável, sob o risco de cristalizarmos a Constituição, transformá-la em fotografia. A interpretação, mormente a constitucional, deve ser dinâmica a fim de poder solucionar de maneira adequada os conflitos sociais que surgirem.

No entanto, é mister ressaltar que o STF, sempre que entender pela necessidade de modificar suas decisões, precisará realizar uma minuciosa fundamentação sobre essa decisão, será da responsabilidade do Supremo todo o ônus de argumentação para demonstrar e fundamentar por que está alterando e se afastando de sua anterior decisão.

Afirmamos ainda que, sempre quando o STF entender que é o caso de afastar-se, desvincular-se de sua decisão anterior, modificando sua interpretação, além de possuir o ônus da argumentação, essa nova sentença modificativa de decisões anteriores deverá *obrigatoriamente* ter eficácia *ex nunc* para preservar-se a segurança jurídica e a boa-fé objetiva²⁵⁹.

Para finalizar este capítulo, segue um quadro sinóptico com as principais similitudes e diferenças presentes em nossa sistematização entre o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* na ordenança nacional.

²⁵⁹ Sobre a boa-fé objetiva como limites para modulação de efeito dedicaremos um tópico específico da pesquisa.

Eficácia *erga omnes* e efeito vinculante - quadro comparativo

Semelhanças	Diferenças
<ul style="list-style-type: none"> •Ambos são efeitos que se agregam à coisa julgada, ou seja, ao comando emergente da sentença de mérito. •Estão presentes nos provimentos oriundos do controle concentrado de constitucionalidade. •São provimentos cumulativos à coisa julgada, não são excludentes nem idênticos (Maunz). •Ambos possuem seu alcance limitado ao dispositivo da sentença. •São caracterizados por serem efeitos que expandem os limites subjetivos da coisa julgada. •Nenhum dos efeitos, no controle concentrado de constitucionalidade, transita em julgado. O trânsito em julgado opera sobre o conteúdo declaratório da sentença. •Pode ocorrer a coisa julgada sem a produção desses efeitos ao menos no momento da decisão, <i>v.g.</i>, a eficácia <i>erga omnes</i> pode ser postergada quando ocorre a declaração de inconstitucionalidade <i>pro futuro</i>. O efeito vinculante pode ser mitigado na declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. 	<ul style="list-style-type: none"> •O efeito <i>erga omnes</i> não vincula os particulares, essa vinculação é proveniente do efeito vinculante (CF 102 § 2.º). •O efeito <i>erga omnes</i> não é exclusivo do controle abstrato de constitucionalidade, está presente em todos os provimentos que tutelam interesses difusos. •O efeito <i>erga omnes</i> também não retira o texto normativo do mundo jurídico. Esta ocorre em razão da eficácia declaratória da coisa julgada material operada nas sentenças de total rechaço, que declaram a inconstitucionalidade e a nulidade de toda a lei ou parte dela. •O efeito <i>erga omnes</i> pode ocorrer independentemente da existência da coisa julgada, tendo em vista que pode ser concedido em tutela antecipada em ação coletiva que resguarda interesses difusos. •O efeito vinculante necessita da existência da coisa julgada, na medida em que apenas as sentenças definitivas de mérito podem ser acobertadas pelo efeito vinculante, nos termos do art. 102 § 2.º da Constituição. •O efeito <i>erga omnes</i> pode existir na ausência do efeito vinculante, <i>e.g.</i>, ações coletivas a recíproca não ocorre. •Apenas o efeito vinculante tem o condão de vincular os particulares. A eficácia <i>erga omnes</i>, se pronunciada no controle abstrato de constitucionalidade, sempre terá o condão de vincular a Administração Pública, que, antes de se sujeitar à legalidade, está submetida à Constituição, incluindo as decisões interpretativas publicadas pelo STF.

Capítulo 3. Tipologia das decisões de inconstitucionalidade.

Neste capítulo examinaremos a tipologia das sentenças possíveis na jurisdição constitucional, com especial destaque às sentenças interpretativas do STF.

Essas sentenças, na definição de Riccardo Guastini, são aquelas pronunciadas na jurisdição constitucional e que versam sobre a possibilidade hermenêutica da lei, e não sobre o texto da lei em si. O citado autor propõe uma classificação segundo a qual as *sentenças interpretativas* comportariam um sentido lato e um sentido estrito. Em seu sentido lato, as *sentenças interpretativas* englobariam *decisões interpretativas em sentido estrito* e *decisões manipuladoras* (ou manipulativas). As *decisões interpretativas em sentido estrito*, por sua vez, comportam a *interpretação conforme a Constituição* (por ele denominadas *sentenças interpretativas de rechaço* – tendo em vista que essa técnica *exclui* outras possibilidades interpretativas que não sejam aquelas adotadas pela Corte) e a *declaração de nulidade parcial sem redução de texto* (*sentença interpretativa de aceitação, ou de anulação*, uma vez que, nesse caso, o Tribunal exclui/anula o sentido apresentado pelo texto da lei de maneira inconstitucional, aceitando, no entanto, outras possibilidades interpretativas). Já nas *decisões manipulativas*, que são tipos de *sentenças de aceitação*, a Corte Constitucional não se limita a declarar a ilegitimidade de um ou outro sentido normativo, mas – comportando-se como um legislador – modifica diretamente o ordenamento com o objetivo de harmonizá-lo com a Constituição. Existem dois tipos fundamentais de sentenças manipulativas: as *sentenças aditivas* e as *sentenças substitutivas*. As primeiras são aquelas nas quais a Corte adiciona um sentido adequado constitucionalmente, porém não contemplado pelo texto da lei, enquanto nas segundas opera-se uma substituição da determinação contida no texto da lei, pela decisão normada pelo Tribunal a partir do texto constitucional²⁶⁰.

Ainda serão examinadas as sentenças em que o Supremo aplica a modulação de efeitos na decisão de inconstitucionalidade. Essas sentenças são

²⁶⁰ Cf. Riccardo GUASTINI. "La Constitucionalización" del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano, pp. 49-73.

denominadas por Jorge Miranda de *limitativas*, nas quais a decisão sobre a inconstitucionalidade pode ter efeito *ex nunc*, ou a declaração de inconstitucionalidade, com efeito suspensivo durante certo período *pro futuro*, e ainda o mero pronunciamento de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. As sentenças limitativas têm expressa previsão em nosso ordenamento jurídico no art. 27 da lei 9.868/99²⁶¹.

Antes, porém, de analisarmos a tipologia das sentenças, um ponto teórico deverá, ainda que sucintamente, ser enfrentado, que consiste na necessidade de uma superação da insuficiente e defasada visão kelseniana sobre o STF como um legislador negativo no exercício do controle de constitucionalidade das leis.

3.1 A necessidade de superação da posição kelseniana sobre o STF como legislador negativo.

Hans Kelsen sistematiza o controle abstrato de constitucionalidade, no qual o Tribunal Constitucional é o protagonista. A teoria de Kelsen acerca da fiscalização abstrata de constitucionalidade tem relação com o conceito kelseniano de Constituição, que seria constituída pelos preceitos que regulam a criação de normas jurídicas gerais e especialmente a criação de leis; em síntese, no essencial a Constituição possui a regulação do processo legislativo²⁶².

Kelsen reduz o controle substancial de constitucionalidade a um aspecto também formal. A Constituição não é apenas uma regra de procedimento, mas também de fundo; assim, uma lei pode ser inconstitucional em

²⁶¹ Cf. Jorge MIRANDA. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 509-515. No mesmo sentido Gilmar Ferreira Mendes. A Declaração de nulidade sem a pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no Direito brasileiro, In: *As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo*. Ives Gandra da Silva Martins (org.). São Paulo: América Jurídica, 2002, pp. 419-448.

²⁶² Cf. Hans KELSSEN. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 125.

razão de uma irregularidade de procedimento ou em razão de uma contrariedade de seu conteúdo a princípios formulados na Constituição. Por isso, pode-se distinguir a inconstitucionalidade material da formal; contudo, Kelsen entende que a inconstitucionalidade material, em última análise, consiste em inconstitucionalidade formal, na medida em que uma lei cujo conteúdo está em contradição com a Constituição deixaria de ser inconstitucional se fosse aprovada como lei constitucional²⁶³.

Kelsen equipara a atividade jurisdicional à legislativa: enquanto esta consiste na criação de normas gerais, aquela cria normas individuais. Assim, anular uma lei é estabelecer “uma norma geral porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e, portanto, ela própria uma função legislativa²⁶⁴”.

A doutrina kelseniana do Tribunal Constitucional como legislador negativo possui grande coerência interna em relação à função conferida à jurisdição constitucional pelo autor. Na complementação deste tópico, não trataremos de criticar a concepção de Kelsen, mas tão somente evidenciar alguns pontos que demonstram a defasagem dessa doutrina perante as atividades e os novos provimentos jurisdicionais provenientes da Corte Constitucional.

Diante do conceito kelseniano de Constituição (Lei regulamentadora do processo legislativo), a primeira conclusão a ser extraída é que a Constituição contém apenas normas dirigidas ao Legislador, não possuindo, assim, normas aplicáveis diretamente pelos órgãos judiciais, uma vez que a Constituição não teria a pretensão de regulamentar a relação entre os cidadãos e os poderes públicos²⁶⁵. Essa concepção, se radicalizada, acaba por excluir o juiz ordinário de qualquer competência²⁶⁶ referente à aplicação e

²⁶³ Hans KELSEN. *Jurisdição Constitucional*, p. 132.

²⁶⁴ Hans KELSEN. *Jurisdição Constitucional*, pp. 151/152. Sobre o problema da lei inconstitucional na doutrina de KELSEN cf. *Teoria pura do direito*, pp. 300/306.

²⁶⁵ Carmen BLASCO SOTO. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, p. 61.

interpretação da Constituição em favor de uma nova jurisdição criada a este fim²⁶⁷. Esse posicionamento conflita com nosso sistema difuso de controle de constitucionalidade, primeiramente porque não permitiria o *judicial review*, também porque impossibilitaria a aplicação direta da Constituição pelos juízes singulares, algo que impediria a concretização dos direitos fundamentais-sociais na ausência de uma *interpositio legislatoris*.

A teorização kelseniana também reduz o controle substancial das leis a um controle formal, fazendo com que, mesmo quando a inconstitucionalidade atinja dispositivos substanciais da Constituição (*e.g.*, direitos fundamentais), a inconstitucionalidade também será formal; o vício será processual porque, para Kelsen, essa inconstitucionalidade decorreu por não se ter respeitado o procedimento de revisão que permitiria modificar ou derrogar o princípio constitucional desatendido²⁶⁸.

Assim, para Kelsen, a jurisdição constitucional teria seu interlocutor natural na figura do legislador, em que a sentença que declarasse a inconstitucionalidade seria apenas um ato normativo geral, típico ato de órgão legislativo com sinal trocado.

Desse modo, o controle de constitucionalidade fica restrito a um aspecto formal, tendo como único objeto a legislação, algo defasado diante do que deve desempenhar a justiça constitucional no Estado Constitucional Democrático, que, nas palavras de Peter Häberle, consiste na: limitação, racionalização (regulação) e controle do poder estatal e social, na proteção das minorias e na reparação dos novos perigos para a dignidade humana²⁶⁹.

Do ponto de vista processual, a jurisdição constitucional é definida por Pablo Lucas Verdu como a atividade jurisdicional que tem por objeto decidir

²⁶⁷ Pablo Pérez TREMPs. *Tribunal Constitucional e Poder Judicial*, p. 111.

²⁶⁸ Carmen BLASCO SOTO. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, p. 61.

²⁶⁹ Peter HÄBERLE. *El Estado constitucional*. Buenos Aires: Editorial Ástreal de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007, p. 285.

de modo imparcial, com base no direito objetivo e mediante procedimentos e órgãos especiais pré-estabelecidos, o cumprimento, tutela e aplicação das normas jurídicas constitucionais (escritas e consuetudinárias)²⁷⁰.

Obviamente que essa nova função da jurisdição constitucional é demandada em razão de uma nova concepção sobre a própria Constituição, que deve ser entendida como a ordem jurídica fundamental do governo e da sociedade. A constituição num Estado Democrático não estrutura apenas o Estado em sentido estrito, mas também o espaço público e o privado, constituindo, assim a sociedade²⁷¹.

Nos tempos atuais, o legislador não deve mais ser considerado o único interlocutor da jurisdição constitucional, hodiernamente, cresce a necessidade de atuação do Supremo no controle da atuação do Executivo, principalmente em função da recrudescente e abusiva utilização de medidas provisórias. Cabe à jurisdição constitucional eliminar e corrigir as inconstitucionalidades provenientes dos demais poderes a fim de salvaguardar o Estado Constitucional, controlando a constitucionalidade dos atos executivos, legislativos e jurídicos, bem como adquirindo uma competência específica em matéria penal/constitucional (CF 102 I a b)²⁷².

O legislativo não é mais o único interlocutor da justiça constitucional. A atividade da jurisdição constitucional, tal como ensina Pablo Lucas Verdu, não é mecânica, não é simplesmente *la bouche qui prononce les paroles de la loi*, porque a função da jurisdição constitucional, ainda dentro de seus limites, é também função criadora, ainda que não deva substituir a função legislativa²⁷³. O controle de constitucionalidade não se limita mais a uma atividade de um legislador negativo, afinal o controle de constitucionalidade não se

²⁷⁰ Pablo Lucas VERDU. *Curso de Derecho Político*. v. II, 3.ed., Madrid: Tecnos, 1981, p. 690.

²⁷¹ Peter HÄBERLE. *El Estado constitucional*, p. 84 e p. 272.

²⁷² Cf. Claude GOYARD. Sobre la separación de lo político y lo constitucional, In: *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al professor Allan R, Brewer Carías*. t. I, Madrid: Civitas, 2003, p. 999.

²⁷³ Pablo Lucas VERDU. *Curso de Derecho Político*. v. II, p. 692.

restringe mais ao aspecto formal, adquirindo também dimensão material, o que justifica o nível político de sua atuação; consoante ensina Claude Goyard, atualmente, a jurisdição constitucional surge como a guardiã da ordem constitucional diante da intromissão do político²⁷⁴. A justiça constitucional significa a *autoconsciência que a Constituição possui de sua própria eficácia e dinamismo*²⁷⁵.

Por fim, um último argumento pode ser sustentado sobre a incoerência da posição do Supremo como legislador negativo no controle de constitucionalidade; isso decorre do fato de Kelsen estar preocupado apenas com a coerência lógica dos enunciados que compõem a ciência do direito; a interpretação desenvolvida no nível da sentença não lhe aparece como um verdadeiro problema, deixando para um segundo plano o verdadeiro resultado que deveria por ela ser produzido. Isso fica muito evidente na crítica de Friedrich Müller: “a teoria pura do direito não pode dar nenhuma contribuição para uma teoria aproveitável da interpretação. Kelsen deixa expressamente em aberto como a ‘vontade da norma’ deve ser concretamente determinada no caso de um sentido da norma linguisticamente não unívoco²⁷⁶”.

Essa crítica que Friedrich Müller aponta na obra de Kelsen a respeito da impossibilidade de se utilizar a doutrina kelseniana na atividade interpretativa – fundamentação da sentença - ressalta a necessidade de superação da visão do STF como legislador negativo no controle de constitucionalidade. Isso ocorre porque a atividade do Supremo não mais consiste em anular de forma geral um ato legislativo. Posicionar o Pretório Excelso como um legislador negativo retirar-lhe-ia todas as possibilidades de proferir as sentenças interpretativas como aquelas que versariam sobre a possibilidade hermenêutica da lei e não sobre o texto da lei em si, algo irrealizável se o controle de constitucionalidade restringir-se a um aspecto formal.

²⁷⁴ Cf. Claude GOYARD. Sobre la separación de lo político y lo constitucional, p. 1002.

²⁷⁵ Pablo Lucas VERDU. *Curso de Derecho Político*. v. II, p. 687.

²⁷⁶ Friedrich MÜLLER. *O novo paradigma do direito*, p. 51.

Essa inadequação é principalmente demonstrável nas sentenças manipulativas, ou seja, aquelas em que o Supremo se comporta como um legislador corrigindo o ordenamento jurídico e adequando-o à Constituição, seja adicionando um sentido constitucionalmente adequado ao texto não contemplado pelo enunciado legislativo (sentenças aditivas), ou substituindo parcela do enunciado legislativo por outro (sentenças substitutivas) proferido pelo STF, a fim de conformá-lo à Constituição²⁷⁷. Perante a ordenança nacional, essa inadequação é mais saltitante em razão do mandado de injunção, que permite ao Supremo proferir a normatividade essencial para corrigir a ausência legislativa, podendo adquirir efeitos *ultra partes* quando o *mandamus* for impetrado na modalidade coletiva.

Portanto, o Supremo, quando realiza o controle de constitucionalidade, deve ser encarado como um órgão jurisdicional. A sentença proveniente do controle abstrato de constitucionalidade é um ato jurídico-processual, não um ato legislativo precedido do sinal negativo²⁷⁸, devendo ser fundamentado nos termos da CF 93 X. Logo, deve ser abandonada a dicotomia nulidade (*common law*) / anulabilidade (Kelsen²⁷⁹), em que a primeira teria necessariamente efeitos *ex tunc* e a segunda efeitos *ex nunc*. O esquema nulidade/anulabilidade é insuficiente para explicar e embasar os diversos provimentos possíveis atualmente no controle de constitucionalidade; afinal, podem existir provimentos em que a inconstitucionalidade é declarada, porém não é pronunciada a nulidade. Um texto jurídico (lei); ainda que inconstitucional, se promulgado atendendo a requisitos mínimos do processo legislativo, ao entrar em vigência, produzirá efeitos; assim, ainda que ela possa ser considerada inconstitucional desde seu nascedouro, não se pode negar-lhe a produção de

²⁷⁷ Mister ressaltar que KELSEN admitia mediante a utilização dos precedentes, a criação de normas jurídicas gerais pelos Tribunais Superiores, o que seria um alargamento da função criadora dos tribunais, cf. *Teoria pura do direito*, pp. 278/279. Contudo, o esquema kelseniano de controle de constitucionalidade restrito aos aspectos formais não permite a sistematização das sentenças interpretativas/manipulativas bem como a modulação de efeitos das decisões, *e.g.*, inconstitucionalidade *pro futuro*.

²⁷⁸ Sobre o tema v. Carmen BLASCO SOTO. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, p. 75.

²⁷⁹ Para KELSEN dentro da ordem jurídica, a nulidade é apenas o grau mais alto da anulabilidade, *Teoria pura do direito*, p. 308.

efeitos na vida prática, o que impede de considerá-la simplesmente inexistente. Imagine-se, por exemplo, que uma lei estivesse em vigor por alguns anos, tendo sido aplicada no deslinde de conflitos, e de repente descobriu-se que, ao ser promulgada, ela possuía vícios formais e vem a ser anulada; impossível negar os efeitos provenientes dessa lei ou ainda tentar-se eliminá-los em razão do efeito *ex tunc* quando essa lei permitiu a formação da coisa julgada, por exemplo. Ainda que a lei não apresente vícios formais ou materiais evidentes, nada impede que em algum momento ela passe a ser interpretada/aplicada de maneira inconstitucional pela jurisdição ordinária, permitindo que seja objeto de arguição de nulidade sem redução de texto, por exemplo.

Assim, independentemente da consideração acerca da nulidade ou anulabilidade da norma, é o exame de sua eficácia que mais interessa; afinal, o Supremo pode considerar uma lei inconstitucional e nada dispor; assim em regra poderá dizer que (i) é nula e seus efeitos são *ex tunc*, preservando a coisa julgada, direito adquirido e ato jurídico perfeito. Pode ainda (ii) limitar os efeitos a partir de sua decisão efeitos a *ex nunc*. Declarar a (iii) inconstitucionalidade, porém, com eficácia *pro futuro*, ou ainda (iiii) declarar a inconstitucionalidade sem pronunciar nulidade, ou seja, manter seus efeitos, manter a eficácia da lei considerada inconstitucional.

Em síntese, o que se deve destacar é que, independentemente de se averiguar se a nulidade em razão da inconstitucionalidade é *ab initio* porque geralmente o será, o que interessa é como a sentença constitucional declarará a inconstitucionalidade do enunciado legislativo, determinando assim sua ineficácia; com razão Carmen Blasco Soto ensina que é a *sentença constitucional que conecta invalidez com ineficácia*²⁸⁰.

Portanto, se declarada a inconstitucionalidade, ainda que a lei possa ser considerada nula (plano da validade) *ab initio*, os efeitos da ineficácia dessa lei são consequência processual plasmada na sentença constitucional²⁸¹. É

²⁸⁰ Carmen BLASCO SOTO. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, p. 90.

²⁸¹ Carmen BLASCO SOTO. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, p. 91.

a sentença constitucional que realizará o elo entre a inconstitucionalidade (nulidade) e a eficácia da lei. A fixação dos efeitos temporais da lei considerada inconstitucional será delimitada pela sentença constitucional. Por conseguinte: *ainda que a nulidade seja o resultado da declaração da inconstitucionalidade, ela não pode ser o critério lógico para estabelecer a eficácia cronológica da sentença*²⁸².

É mister ressaltar que a fixação da eficácia não é ato discricionário do Supremo, tal como demonstraremos durante a pesquisa; a fixação dos efeitos da ineficácia da lei em razão da inconstitucionalidade deve ser realizada sob intensa fundamentação, não possui caráter discricionário, existindo hipóteses em que a limitação deve obrigatoriamente ser feita, enquanto em outras será expressamente proibida.

3.2 A decisão declaratória de constitucionalidade.

No Brasil existe a teratológica figura da ação declaratória de constitucionalidade. É teratológica porque permite que o Supremo, em processo objetivo de controle de constitucionalidade, profira decisão com efeito vinculante e *erga omnes* cujo conteúdo da decisão seja pelo reconhecimento da constitucionalidade da lei.

A ação declaratória de constitucionalidade foi instituída pela Emenda Constitucional número 3/93. Trata-se de instituto único no mundo que permite ao STF declarar com efeito vinculante a decisão acerca da constitucionalidade de determinada lei. Um dos principais argumentos utilizados pela doutrina²⁸³ consiste no *pretense* caráter dúplice existente na ação direta de inconstitucionalidade, que se julgada improcedente, teria o mesmo efeito da ação

²⁸² Essa é a conclusão de Carmen BLASCO SOTO. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, p. 92.

²⁸³ Cf. Defendendo a ambivalência v. Gilmar Ferreira MENDES. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, p. 122; Teori Albino ZAVASCKI. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, pp. 45/48

declaratória de constitucionalidade. O risco e o equívoco da ambivalência já criticamos no item 2.4.1 da pesquisa.

O jurista Lenio Luiz Streck destaca com propriedade outro risco da utilização da ação declaratória de constitucionalidade, além da atribuição de efeito vinculante aos seus efeitos, que consiste em admitir por medida cautelar no bojo da ação declaratória de constitucionalidade a suspensão de todos os processos em andamento abrangidos pela lei objeto da ADC²⁸⁴.

Essa possibilidade de suspensão dos processos está prevista apenas na L 9868/99 em seu artigo 21, o que acaba por transformar a ADC em avocatória. Essa suspensão dos processos sem previsão constitucional é algo que viola flagrantemente o direito de ação (CF 5.º XXXV), principalmente na impossibilidade de se obterem liminares em razão da paralisação do processo.

O caráter teratológico da ação declaratória de constitucionalidade existe em razão de ter conferido poder demasiado ao Supremo, poder este que nem o Tribunal Constitucional mais atuante no mundo possui, qual seja o Alemão. Helmut Simon ensina que o Tribunal Constitucional alemão tem rechaçado a atribuição de efeito vinculante a decisões em que não é acolhida a inconstitucionalidade, e sim praticada a interpretação conforme à Constituição²⁸⁵.

Do ponto de vista científico, ainda que a ação declaratória de constitucionalidade tenha sido instituída por Emenda Constitucional, ela possui inconstitucionalidade, principalmente em razão do efeito vinculante que agrega. Isso acontece porque a doutrina internacional leciona que a decisão de rejeição da inconstitucionalidade não pode produzir coisa julgada material²⁸⁶. Nesse sentido Rui Medeiros ensina que: “a declaração de constitucionalidade nem sequer tem, de resto, força de caso julgado *inter partes*: as decisões de não

²⁸⁴ Lenio Luiz STRECK. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, p. 765.

²⁸⁵ Sobre o efeito vinculante nas decisões que aplicam a interpretação conforme à Constituição nos ocuparemos em itens subsequentes da pesquisa. Cf. Helmut SIMON. *La jurisdicción constitucional*, p. 843.

²⁸⁶ Paulo OTERO. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, p. 68 e p. 143.

inconstitucionalidade apenas fazem *caso julgado formal*, não impedindo que o mesmo requerente volte a solicitar ao Tribunal a apreciação da constitucionalidade da norma anteriormente não declarada inconstitucional²⁸⁷”.

A não produção da coisa julgada material na ação declaratória de constitucionalidade ocorre basicamente por dois motivos, elencados da seguinte forma por Rui Medeiros: a) impedimento da evolução interpretativa, a declaração de inconstitucionalidade com efeito vinculante dificultaria uma interpretação evolutiva, apta a adequar o texto constitucional às alterações fáticas a fim de poder solucionar a infinidade de conflitos que surgirão com a aplicação da lei; b) atribuir efeito vinculante a decisão que reconhece a constitucionalidade de lei poderia transformar o STF em dono em vez de servo da Constituição, na medida em que essa sua decisão não poderia ser fiscalizada por nenhum outro poder. A decisão na ADC teria o valor da norma constitucional, podendo apenas ser corrigida por uma revisão formal da Constituição²⁸⁸.

Além dos argumentos levantados por Rui Medeiros, outro de ordem lógica precisa ser sustentado a fim de evidenciar a impossibilidade de conferir a qualidade de coisa julgada material à decisão que declara a constitucionalidade de determinada lei em processo objetivo de controle de constitucionalidade. O argumento consiste justamente na própria possibilidade de alegação da inconstitucionalidade.

Permitir a formação de coisa julgada material em ADC acabaria por contrariar um fundamento elementar do direito constitucional que consiste na possibilidade de fiscalizar a constitucionalidade dos atos normativos a qualquer tempo, porque a inconstitucionalidade não se convalida; nas palavras de Paulo Otero: “as normas inconstitucionais nunca se consolidam na ordem jurídica, podendo a todo o momento ser destruídas judicialmente²⁸⁹”.

²⁸⁷ Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 836.

²⁸⁸ Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, pp. 836/837. A ação declaratória de constitucionalidade é criticada por Jorge MIRANDA. Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade, p. 812.

²⁸⁹ Paulo OTERO. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, p. 120.

Como seria possível então entender que ocorreria formação de coisa julgada material em ADC se a lei pode ter sua inconstitucionalidade suscitada a qualquer tempo? Atribuir coisa julgada material a decisão que julga procedente ação declaratória de constitucionalidade implicaria admitir-se uma situação mediante sentença constitucional que nem o Legislador mediante lei ou emenda constitucional pode praticar; ocorreria flagrante violação do núcleo da Lei de Schumann (*Schumannschen Formel*), que consiste em nenhum Tribunal poder tomar por base para sua decisão uma regra que nem sequer o legislador poderia ordenar²⁹⁰. Afirmamos isso porque permitir a formação de coisa julgada material em sentença que declare a constitucionalidade de lei, em outros termos, está-se dispondo que a inconstitucionalidade daquela lei deve ficar acobertada pela sentença, não podendo mais ser aventada. Seria o mesmo que permitir ao Legislativo, ao promulgar uma lei, colocar nela uma barreira de inconstitucionalidade, impedindo que a inconstitucionalidade dessa lei pudesse ser suscitada, o que obviamente seria um absurdo, mas permitiria aclarar o risco da ADC. Da mesma forma que o Legislativo não pode decidir que uma lei, em abstrato, não possa ter sua inconstitucionalidade aventada no tempo, do mesmo modo não pode o Supremo, principal servo da Constituição, ao declarar a constitucionalidade, imbuir o selo de coisa julgada material nessa declaração a fim de impedir que a inconstitucionalidade de determinada lei seja alegada no tempo.

Em suma, permitir a formação de coisa julgada material à decisão que declara a constitucionalidade de texto normativo de lei é algo incoerente porque seria impossível ao Supremo prever todas as possibilidades normativas que surgirão na aplicação dessa lei. Ainda que o Supremo declare a constitucionalidade da lei em abstrato, nada impede que na prática, diante do caso concreto, a lei apresente-se inconstitucional, necessitando assim sofrer controle difuso de constitucionalidade, o que ficaria comprometido se a decisão da ADC formasse coisa julgada material e o consequente efeito vinculante. Nesse sentido, Canotilho ensina que as decisões que rejeitam a inconstitucionalidade não têm, “por conseguinte, *efeito preclusivo*, pois não impedem que o mesmo ou

²⁹⁰ Robert ALEXYS. Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada, in: *RT* n. 809, p. 57.

outro requerente venha de novo a solicitar ao TC a apreciação da constitucionalidade da norma anteriormente declarada inconstitucional²⁹¹”. Prossegue o renomado constitucionalista afirmando que, se a decisão que declarasse a constitucionalidade tivesse força de caso julgado, isso consagraria a regra do *stare decisis* (vinculação a precedentes judiciais), regra estranha a nosso ordenamento que somente poderia ser estabelecida mediante procedimentos constitucionalmente reconhecidos²⁹².

A formação da coisa julgada material na ação declaratória de constitucionalidade comprometeria o princípio da separação de poderes, porque a atividade do Legislativo ficaria comprometida. Afinal, o que deveria ocorrer se o Legislativo resolvesse revogar e substituir a lei que foi declarada constitucional pelo Supremo? A lei revogadora poderia atingir a lei declarada constitucional pelo Supremo, deveria prevalecer a lei revogadora ou o Legislativo não poderia dispor em sentido contrário ao que foi decidido pelo Supremo na ADC? Obviamente que, se o STF decide pela inconstitucionalidade de uma Lei X, o Legislativo não fica impedido de editar lei com o mesmo teor da anteriormente declarada inconstitucional; entretanto, não pode o Legislativo passar por sobre a sentença que transitou em julgado e insistir na declaração da constitucionalidade da mesma Lei X. Acontece que, se admitirmos a formação da coisa julgada na ação que declarasse a constitucionalidade da Lei X, como ficaria a atuação do Legislativo se este resolvesse modificar a Lei X considerada constitucional? Invariavelmente, haveria um conflito entre o Legislativo, que pretende revogar a lei, e a coisa julgada material proferida pelo STF. Se entendermos que deve prevalecer a coisa julgada do Supremo, aplicar-se-ia um duro golpe à separação dos poderes, porque a autonomia funcional do Legislativo restaria seriamente prejudicada. Seria inimaginável em um Estado Democrático o Legislativo legislar mediante apelo ao Supremo para que este modifique sua decisão que transitou em julgado. Logo, se não é admissível que o legislador fique vinculado a uma decisão de

²⁹¹ J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 993.

²⁹² J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, pp. 993/994.

inconstitucionalidade, com maior razão não pode ficar vinculado a uma decisão de constitucionalidade sob risco de perder toda sua autonomia.

Do ponto de vista da ciência do processo constitucional, concluímos pela impossibilidade de se permitir a formação da coisa julgada na decisão que declara a constitucionalidade de uma lei em processo objetivo. Essa é a solução mais acertada sob o ponto de vista doutrinário, até porque na ausência da coisa julgada material (decisão definitiva de mérito), não poderia ser agregado a ela o efeito vinculante, o que não comprometeria a independência decisória dos juízes nem o controle difuso de constitucionalidade²⁹³.

Entretanto, possivelmente, essa solução não logrará sucesso em razão da previsão constitucional da ação declaratória de constitucionalidade. Apesar de todas as objeções que sustentamos, ainda que a coisa julgada material seja considerada presente na ação declaratória de constitucionalidade, devemos reafirmar que a solução a ser dada para a questão consiste justamente na inaplicabilidade da eficácia preclusiva da coisa julgada no processo objetivo; nossa teorização permite que o STF aprecie novamente a inconstitucionalidade de uma lei declarada constitucional em processo objetivo²⁹⁴. Contudo, outras questões devem ser enfrentadas a fim de se coadunar a decisão da ação declaratória de constitucionalidade com o regime democrático.

A decisão proveniente da ação declaratória de constitucionalidade não pode possuir efeito vinculante, porque, consoante explanamos, o efeito

²⁹³ Em sentido contrário, Luis Roberto BARROSO disserta que: “o efeito vinculante da decisão de inconstitucionalidade se produz, conforme a letra expressa do dispositivo legal e do art. 102 § 2.º, da Constituição Federal, em relação ao Judiciário e à Administração. No tocante aos órgãos judiciais, já não lhes caberá o juízo incidental acerca da constitucionalidade da norma, devendo sua decisão no caso concreto partir da premissa estabelecida pelo Supremo Tribunal sobre a validade ou não da norma”, *Controle concentrado de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 181. Contudo, também é importante destacar que Luis Roberto BARROSO nega efeito vinculante sobre o próprio STF na decisão declaratória de constitucionalidade, cf. *Controle concentrado de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 181.

²⁹⁴ Nesse ponto, com a devida vênia, discordamos da opinião de Luis Roberto BARROSO, apesar de concordarmos com seu posicionamento pela não vinculação do STF à sua própria decisão de declaração de constitucionalidade; é difícil sustentar ao mesmo tempo a existência da eficácia preclusiva nesse provimento, porquanto é pacífico o entendimento de que a eficácia preclusiva atinge o próprio tribunal prolator da decisão, cf. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 213.

vinculante tem a aptidão de vincular os demais órgãos do Poder Judiciário e os particulares. Se a decisão presente na ação declaratória de constitucionalidade possuir efeito vinculante, poder-se-ia comprometer seriamente a independência decisória dos juízes, bem como direito fundamental de suscitar o controle difuso de constitucionalidade.

O Supremo na ADC declara a constitucionalidade em abstrato de determinada lei; ele não pode, no entanto, prever todos os desdobramentos que ela adquirirá diante de diversos casos concretos. Assim, se o STF declara a Lei X constitucional em processo objetivo, nada impede que ela se apresente inconstitucional ao deslindar um caso concreto. Dessa forma, não pode ser atribuído efeito vinculante à decisão que declare em abstrato a constitucionalidade de uma lei, porque os particulares não podem, diante de seu caso concreto, ficar impedidos de exercer seu direito fundamental de controlar difusamente a constitucionalidade da lei considerada constitucional em abstrato pelo STF. O direito de suscitar a inconstitucionalidade (*judicial control*) é um direito fundamental do cidadão, constituindo, nas palavras de Paulino Jacques uma liberdade civil²⁹⁵. Esse direito é descrito por Canotilho como a possibilidade de os particulares, nos feitos submetidos à apreciação de qualquer tribunal em que litiguem, invocar a inconstitucionalidade de qualquer norma, fazendo assim funcionar o sistema de controle da constitucionalidade em uma perspectiva subjetiva²⁹⁶.

Também os juízes não podem ser obrigados a aplicar uma lei que se apresenta inconstitucional diante de um caso concreto, uma vez que ficaria comprometida sua independência decisória. O controle difuso de constitucionalidade é assegurado desde 1791 no Brasil e corroborado pelo inciso XXXV do art. 5.º da CF: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*.

²⁹⁵ Paulino JACQUES. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p.359.

²⁹⁶ J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 493.

A impossibilidade de invocar a constitucionalidade de leis declaradas em abstrato constitucionais pelo Supremo, perante o caso concreto, não só afrontaria o *judicial control* e o direito de ação, como ainda confrontaria a independência judicial, já que “a independência do Tribunal ou do juiz manifesta-se como garantia de que a sentença judicial pode valer como emanção do direito e não simplesmente como acto decisionista do Estado²⁹⁷”.

A doutrina constitucional suíça confere especial destaque ao princípio da independência judicial, atribuindo-lhe uma dupla dimensão, tanto como um direito fundamental quanto como um princípio institucional do regime democrático. Nessa segunda dimensão a independência dos juízes impede que, ao exercerem sua função, sejam influenciados por braços governamentais, bem como a decisão judicial não pode ser influenciada e predeterminada por decisões de outros segmentos do Judiciário²⁹⁸. Diante da doutrina invocada e dos argumentos expostos anteriormente, fica demonstrado o risco de se atribuir efeito vinculante sobre o Judiciário e especialmente sobre os particulares em decisões que declaram a constitucionalidade de uma lei em abstrato, porquanto correr-se-ia o risco de fossilizar a atividade interpretativa constitucional, suprimindo os direitos fundamentais de ação e o *judicial control*, bem como a independência decisória dos juízes. Esse risco também ocorre em outros provimentos do Supremo, principalmente nas decisões que aplicam a interpretação conforme à Constituição e nas súmulas vinculantes. Essas questões serão examinadas em itens subsequentes da pesquisa.

²⁹⁷ CASTANHEIRA NEVES. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, p.104.

²⁹⁸ As a derivate of the principle of separation of powers, the institutional aspects of Article 191c of the Constitution also demand *independence of the judiciary from other branches of government*. The judge shall not receive directives from other branches of government, nor be influenced by political parties or other interest groups. Furthermore, the constitutional guarantee of independence of judges includes the *autonomy* of the judicial decision-making process. The judge shall not be influenced by other parts of the judiciary in her decisions. Thomas FLEINER, Alexander MISIC e Nicole TÖPPERWIEN. *Swiss Constitutional Law*. Amsterdam: Kluwer Law International, 2005, pp. 88/89.

3.3 As sentenças interpretativas.

Essas sentenças, na definição de Riccardo Guastini, são aquelas pronunciadas na jurisdição constitucional e que versam sobre a possibilidade hermenêutica da lei e não sobre o texto da lei em si. O citado autor propõe uma classificação segundo a qual as *sentenças interpretativas* comportariam um sentido lato e um sentido estrito. Em seu sentido lato, as *sentenças interpretativas* englobariam *decisões interpretativas em sentido estrito* e *decisões manipuladoras* (ou manipulativas). As *decisões interpretativas em sentido estrito*, por sua vez, comportam a *interpretação conforme à Constituição* (por ele denominadas *sentenças interpretativas de rechaço* – tendo em vista que essa técnica *exclui* outras possibilidades interpretativas que não sejam aquelas adotadas pela Corte) e a *declaração de nulidade parcial sem redução de texto* (*sentença interpretativa de aceitação, ou de anulação*, uma vez que, neste caso, o Tribunal exclui/anula o sentido apresentado pelo texto da lei de maneira inconstitucional, aceitando, no entanto, outras possibilidades interpretativas)²⁹⁹. Enquanto na sentença interpretativa de rechaço utiliza-se a interpretação conforme à Constituição, a sentença interpretativa de aceitação aplica a arguição de nulidade sem redução de texto; em razão disso, dedicaremos o item seguinte da pesquisa a uma breve distinção entre essas duas técnicas de controle de constitucionalidade.

3.3.1 A distinção entre interpretação conforme à Constituição e arguição de nulidade sem redução de texto.

A interpretação conforme à Constituição (*Verfassungskonformgesetzauslegung*) é uma forma de controle de constitucionalidade, excluindo por inconstitucionalidade determinadas hipóteses de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo, sem que implique qualquer alteração do texto legal. Quando a lei contém em abstrato vários sentidos possíveis, objetivamente apenas um deles diante do problema decidendo

²⁹⁹ Riccardo GUASTINI. “La Constitucionalización” del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano, pp. 63/65.

é constitucional, alcançado mediante a interpretação conforme à Constituição³⁰⁰. Quando é aplicada, o Tribunal limita-se a declarar a constitucionalidade (legitimidade) do ato questionado, desde que interpretado em conformidade com a Constituição. O resultado da interpretação, normalmente, é incorporado, de forma resumida, na parte dispositiva da decisão³⁰¹.

A interpretação conforme à Constituição é uma técnica interpretativa que ajusta, harmoniza, corrige a lei com a Constituição, elegendo diante de uma multiplicidade de modalidades interpretativas aquela que deveria ser considerada constitucional³⁰². Assim, se uma lei X possibilita a interpretação X¹, X² e X³, pode o Supremo entender que apenas uma dessas variantes de sentido é conforme à Constituição e declarar que a lei X apenas poderá ser considerada constitucional se interpretada no sentido X¹, por exemplo.

A interpretação corretiva (*remedial interpretation*) funda-se na prevalência das normas e princípios constitucionais, assumindo uma heteroconformação metódica³⁰³. Essa função corretiva é corroborada por Karl Larenz, para quem, à luz da atual concepção sobre a competência dos tribunais para o desenvolvimento do Direito, não podem existir dúvidas sobre sua legitimidade para realizarem a correção das leis³⁰⁴.

Sempre que a lei, em vez de ser declarada inconstitucional, puder ser interpretada conforme com à Constituição, sua nulidade não deve ser pronunciada. Carlos Alberto Lúcio Bittencourt já ensinava que toda presunção é pela constitucionalidade da lei, logo a presunção é pela constitucionalidade – *every reasonable doubt must be resolved in favor of the statute, not against it*, não

³⁰⁰ Cf. João ZENHA MARTINS. Interpretação conforme com a Constituição, pp. 903/904. Cf. Karl LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, p. 480 *et seq.*

³⁰¹ Cf. Gilmar Ferreira MENDES e Ives Gandra da Silva MARTINS. *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 457.

³⁰² Cf. Riccardo GUASTINI. "La Constitucionalización" del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano, p. 56. Destacando a correção da lei na interpretação conforme cf. João ZENHA MARTINS. Interpretação conforme com a Constituição, p. 915.

³⁰³ João ZENHA MARTINS. Interpretação conforme com a Constituição, p. 918.

³⁰⁴ Karl LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, p. 569.

devem os tribunais considerar inconstitucional um ato, a menos que a contrariedade à Constituição seja clara, completa e inequívoca (*clear, complete and unmistakable*)³⁰⁵.

A interpretação conforme pode corrigir tanto o erro do legislador quanto ajusta o enunciado legislativo às alterações das circunstâncias fáticas a fim de adequar seu sentido à Constituição. Desse modo, a interpretação conforme à Constituição se embasa na não declaração da inconstitucionalidade de um preceito normativo, enquanto este puder ser interpretado em consonância com o texto constitucional. A interpretação como atividade criativa permite que o enunciado normativo seja harmonizado com a materialidade da Constituição, preservando-se assim, a estabilidade normativa como valor constitucional³⁰⁶.

A arguição de nulidade (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*), por sua vez, não equivale plenamente à interpretação conforme à Constituição, apesar de também não atingir o texto normativo em si, e sim atacar uma das variantes interpretativas proporcionadas pelo texto. Se uma lei X possibilita a interpretação X¹, X² e X³, pode o Supremo entender que apenas uma dessas variantes de sentido é desconforme à Constituição e declarar que o sentido normativo X¹ apenas é inconstitucional, mantendo-se incólume o texto normativo e também novas possíveis variantes de sentido.

A nulidade parcial sem declarar a nulidade do texto era esboçada por Lúcio Bittencourt, para quem vale considerar a situação paralela em que uma lei pode ser válida em relação a certo número de casos ou pessoas e inválida em

³⁰⁵ Carlos Alberto LÚCIO BITTENCOURT. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 92.

³⁰⁶ João ZENHA MARTINS. Interpretação conforme com a Constituição, pp. 921/922. Nas exatas palavras deste autor: “o intérprete não pode ficar amarrado ao teor formalmente prescritivo (*Wortlautbestand*) da disposição, sacrificando o juízo normativo que lhe corresponde (*Auslegungstatbestand*), quando se exige uma actuação ajustada aos interesses do *quid adiectum* e desenvolvimento do Direito (*Rechtsfortbildung*), e a norma *corrigena* é intencionalmente portadora desse sentido constitucional. Assim, o confronto normativo-problemático entre a norma, enquanto critério formalmente abstracto, e o problema decidendo, na sua específica problematicidade, com o *continuum constituendo* díade sistema-problema, podem impor a interpretação correctiva (redução teleológica ou extensão teleológica), conquanto, reafirmamos o intérprete não anteponha o seu próprio critério ao do legislador. A *correção*, balizada por um quadro metódico de não anteposição do critério do intérprete ao do legislador, opera porque existe uma falha na regulação *prima facie* plena que, a manter-se, desvirtua as suas razões justificativas”, pp. 922/923.

relação a outros. Seria o caso, por exemplo, de textos normativos que se consideram inaplicáveis a fatos pretéritos, embora perfeitamente aplicáveis às relações futuras³⁰⁷.

A interpretação conforme e a nulidade sem redução de texto assemelham-se em alguns aspectos. Ambas fundam-se na prevalência da materialidade da Constituição e são formas de controle de constitucionalidade que não atingem o texto da lei, e sim suas variantes de sentido, promovem a formação das sentenças interpretativas³⁰⁸. A interpretação conforme dá origem à sentença de rechaço, enquanto a arguição de nulidade às sentenças de aceitação ou anulação. As duas modalidades promovem a correção da legislação pelo Judiciário, bem como fazem a adequação do enunciado normativo às circunstâncias fáticas.

A doutrina portuguesa identifica diferenças entre essas duas modalidades; para Canotilho, a decisão de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto teria força vinculativa geral, o que não ocorreria com a interpretação conforme, também porque há casos de interpretação em conformidade com a Constituição em que nenhuma das possibilidades interpretativas é inconstitucional³⁰⁹.

³⁰⁷ Carlos Alberto LÚCIO BITTENCOURT. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, p. 128. Analisando a arguição de nulidade parcial sem redução de texto nesta passagem de Lúcio Bittencourt cf. Gilmar Ferreira MENDES e Ives Gandra da Silva MARTINS. *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 453.

³⁰⁸ Importante destacar o tratamento conferido por Lenio STRECK às sentenças interpretativas, assevera o constitucionalista que: “a noção de sentenças interpretativas terá somente um caráter metodológico, para apartar tais decisões daquelas consideradas dogmaticamente como não problemáticas, isto é, daquelas nas quais o sentido não causa perplexidade no seio da comunidade jurídica, donde nunca é demais referir que o *sentido de um texto somente é claro quando há um determinado consenso acerca dele*. Surgindo discrepâncias, nasce a divergência de cunho interpretativo. As decisões interpretativas constituem, em *ultima ratio*, uma espécie de decisões em que há um aditamento explícito de sentido ou uma redução de uma das hipóteses aplicáveis ao texto. Dizendo de outro modo, as *decisões assim denominadas interpretativas surgem no interior de um processo hermenêutico-corretivo do texto normativo, agregando-se aceções muitas vezes aquém ou além do explicitado ou querido pelo legislador*”, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, p. 615. (*itálicos do original*).

³⁰⁹ J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 992. Essa distinção acerca do efeito vinculante presente em uma e ausente em outra será aprofundado quando as decisões forem examinadas separadamente.

Gilmar Mendes e Ives Gandra também não adotam a equiparação entre as duas modalidades, apesar de visualizarem semelhança entre as duas. A diferença reside que na interpretação conforme existe uma decisão declarando uma lei constitucional diante da interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial. Na arguição de nulidade sem redução de texto, ocorre expressa exclusão por inconstitucionalidade de determinadas *hipóteses de aplicação (Anwendungsfälle)* do *programa normativo* sem que ocorra alteração expressa do texto legal. Desse modo, se o Tribunal tem o intuito de explicitar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional, deve usar a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, que, além de ser tecnicamente a mais adequada, agrega maior segurança jurídica expressa na parte dispositiva da decisão³¹⁰.

Rui Medeiros também destaca a necessidade de distinção entre as duas figuras. A lei objeto de uma interpretação conforme à Constituição não é uma lei inválida, a decisão que a aplica não é uma decisão de inconstitucionalidade, limitando-se a afastar os sentidos resultantes da adoção de um determinado processo de interpretação da lei³¹¹.

3.3.2 As sentenças interpretativas e desnecessidade de aplicação do incidente de inconstitucionalidade, *full bench* do artigo 97 da Constituição.

Quando se aplica a interpretação conforme, não existe uma decisão de inconstitucionalidade, tal como destaca Rui Medeiros³¹², muito menos ocorre a declaração da inconstitucionalidade de todas as possíveis interpretações de determinado texto normativo; isso acabaria provocando o equívoco de se converter uma modalidade de interpretação sistemática, utilizada por todos os

³¹⁰ Gilmar Ferreira MENDES e Ives Gandra da Silva MARTINS. *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 462. Sobre o tema cf. Lenio Luiz STRECK. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, pp. 611/614.

³¹¹ Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 318.

³¹² Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 318.

tribunais e juízes, em uma técnica de declaração de inconstitucionalidade³¹³. Não sendo uma decisão de inconstitucionalidade, uma vez que na interpretação conforme a norma não é declarada inconstitucional, e sim constitucional, essa forma de decisão não implica a necessidade de se suscitar o incidente de inconstitucionalidade (CF 97) quando praticada pelos tribunais inferiores³¹⁴.

Mais polêmica se afigura a desnecessidade de utilização do incidente de inconstitucionalidade (CF 97) nas decisões em que é utilizada a arguição de nulidade sem redução de texto, porque nestas ocorre a declaração de inconstitucionalidade de uma variante de sentido, ainda que o texto constitucional se mantenha incólume. Para Lenio Streck, também nesse caso a suscitação do incidente será desnecessária, em razão da característica das sentenças interpretativas; o incidente é dispensável porque a inconstitucionalidade é declarada sobre um dos sentidos da lei, enquanto o texto permanece³¹⁵.

A arguição de nulidade sem redução de texto, ainda que implique uma declaração de inconstitucionalidade, não atinge o texto da lei, não retira o ato normativo do ordenamento jurídico, conseqüentemente, não deve ser suscitado o incidente de inconstitucionalidade.

O art. 97 da Constituição diz que a reserva de plenário (*full bench*) deve ser arguida quando for declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Nas sentenças interpretativas, consoante já afirmamos, o controle de constitucionalidade não incide sobre o texto da lei em si, e sim, sobre suas variantes interpretativas. Essas modalidades de sentença são sistematizáveis a partir da distinção entre texto normativo e norma, separação à qual dedicamos todo o primeiro capítulo da pesquisa. Atualmente, a norma não deve mais ser confundida com o texto legal, ela possui uma concepção expansiva; assim, o controle de constitucionalidade não deve mais ser restrito aos enunciados e dispositivos do texto legislativo, devendo, pelo contrário, abranger

³¹³ Gilmar Ferreira MENDES e Ives Gandra da Silva MARTINS. *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 461.

³¹⁴ Nesse sentido v. Lenio STRECK. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, p. 662.

³¹⁵ Lenio STRECK. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, p. 670.

as normas resultantes deles através da interpretação³¹⁶. E o controle das normas oriundas da atividade interpretativa do texto legal podem ser fiscalizadas pelas sentenças interpretativas que as corrigem sem alteração do texto legal.

Por não atingirem o texto da lei, declarando-o em parte ou totalmente inconstitucional, essas sentenças interpretativas que aplicam a interpretação conforme à Constituição e a arguição de nulidade sem redução de texto dispensam a necessidade de se instaurar o incidente de inconstitucionalidade previsto no art. 97 da Constituição. Podem, portanto, os órgãos fracionários proferir sentenças interpretativas sem que haja anterior declaração proferida pelo órgão especial ou pelo plenário.

Duas situações em que o STF entendeu ser aplicável o incidente de inconstitucionalidade merecem destaque. A primeira consiste no fato de que a declaração de inconstitucionalidade superveniente não afasta a nulidade do acórdão que não atendeu anteriormente à reserva de plenário³¹⁷. A outra situação que exige a reserva de plenário ocorre quando se aplica um dispositivo anterior em detrimento de norma superveniente por fundamentos extraídos da própria Constituição, isso equivaleria à declaração de inconstitucionalidade³¹⁸.

³¹⁶ Cf. Rui MEDEIROS. A força expansiva do conceito de norma no sistema português de fiscalização concentrada de constitucionalidade, In: *Derecho Constitucional para el Siglo XXI*, Tomo II, Javier Pérez Royo e outros, Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 3731 *et seq.*

³¹⁷ **Declaração de inconstitucionalidade pelo Órgão Especial de maneira superveniente não afasta a nulidade do acórdão que não atendeu à reserva de plenário.** Suspendem-se os efeitos do acórdão recorrido até o julgamento do apelo extremo em que se invoca descumprimento da cláusula alusiva à reserva de Plenário (art. 97 da Constituição Federal). 2. A decisão proferida posteriormente pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, sobre o mesmo tema ou matéria de fundo, em Arguição de Inconstitucionalidade, constitui fato superveniente que não afasta a nulidade formal antes apontada no processo subjetivo. Fato, além do mais, que não espelha nenhum dos pressupostos dos embargos declaratórios, nos termos do art. 535 do CPC (omissão, contradição ou obscuridade). 3. Embargos a que se nega provimento (STF, 1.^a T., EDclMC 930-RJ, rel. Min. Carlos Britto, j. 23.10.2007, v.u., DJUE n. 65, div. 10.4.2008, publ. 11.4.2008).

³¹⁸ **Aplicação de dispositivo anterior em detrimento de norma superveniente por fundamentos extraídos da CF equivale à declaração de inconstitucionalidade. Reserva de plenário. Necessidade.** Agravo regimental em recurso extraordinário. Possibilidade de quebra de sigilo bancário pela autoridade administrativa sem prévia autorização do Judiciário. 2. Recurso extraordinário provido monocraticamente para afastar a Aplicação do art. 8º da Lei nº 8.021/1990 ("Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.") e restabelecer a sentença de primeira instância. 3. Aplicação de dispositivo anterior em detrimento de norma superveniente, por fundamentos extraídos da Constituição, equivale à declaração de

Recentemente, o Supremo editou o enunciado n.10 de sua súmula vinculante dispondo sobre o tema, com a seguinte redação: *Viola a cláusula de reserva de plenário (CF 97) a decisão do órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte*³¹⁹.

Esse enunciado deve ser interpretado no sentido de que será necessária a reserva de plenário sempre que a declaração de inconstitucionalidade atingir o texto normativo seja totalmente ou em parte. Quando a declaração de inconstitucionalidade for parcial e incidir sobre o texto, ainda que ausente declaração expressa, será necessário o incidente de inconstitucionalidade. Ou seja, se uma lei X estabelece em seu artigo X¹ que ela deve ser aplicada à hipótese Y¹ e em seu artigo X² à hipótese Y², caso o Tribunal entenda que a aplicação da Lei X à hipótese Y² é inconstitucional, mesmo que não declare expressamente a inconstitucionalidade do artigo X², o incidente de inconstitucionalidade deverá ser suscitado, porque essa decisão não é puramente interpretativa, havia um dispositivo legal (X²) prevendo expressamente a incidência da lei X a uma determinada hipótese (Y²) que foi considerada inconstitucional. Nesse caso, ainda que a declaração de inconstitucionalidade não

sua inconstitucionalidade. Precedentes. 4. Agravo regimental provido, por maioria de votos, para anular a decisão monocrática e remeter o recurso extraordinário para julgamento do Plenário (STF, 2.^a T., AgRgRE 261278-PR, rel.p/ac. Min. Gilmar Mendes, j. 1.4.2008, m.v., DJUE n. 142, div. 31.7.2008, publ. 1.8.2008).

³¹⁹ **Reserva de plenário. STF 10.** Viola a reserva de Plenário (art. 97 da Constituição) acórdão prolatado por órgão fracionário em que há declaração de inconstitucionalidade, sem amparo em anterior decisão proferida por Órgão Especial ou Plenário. Incidência da Súmula Vinculante nº 10. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, 2.^a T., AgRgAg 505016-RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 11.11.2008, v.u., DJUE n. 25, div. 5.2.2009, publ. 6.2.2009).

O STJ já se manifestou pela necessidade de reserva de plenário ainda que não haja declaração expressa da inconstitucionalidade: **Declaração de inconstitucionalidade, ainda que não expressa, não dispensa a reserva de plenário.** 1. Inexiste ofensa ao art. 535, II, do CPC na hipótese em que todas as questões suscitadas, ainda que implicitamente, tenham sido examinadas no acórdão embargado. 2. O princípio da reserva de plenário deve ser observado, quando o órgão fracionário deixa de aplicar determinada lei por vício de inconstitucionalidade, ainda que não tenha expressamente declarado tal inconstitucionalidade. 3. Reconhecida a violação do princípio da reserva de plenário, deve ser anulado o julgado por ofensa aos arts. 480 e 481 do CPC. 4. Recurso especial provido parcialmente (STJ, 2.^a T., REsp 745970-RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 12.6.2007, v.u., DJU 6.8.2007, p. 476).

seja expressa, o texto da lei (artigo X^2) é atingido, logo essa sentença não é puramente interpretativa e deve assim ser aplicado a ela o art. 97 da Constituição, bem como o enunciado n. 10 da súmula vinculante.

Contudo, se, no mesmo exemplo, a Lei X não apresentasse os artigos X^1 e X^2 e suas hipóteses de incidência fossem produto da interpretação do texto normativo, a interpretação do teor literal da lei X permitiria a visualização de sua aplicação às hipóteses Y^3 e Y^4 , ressaltando que essas hipóteses não estão previstas no texto legislativo, mas são produto da interpretação dos tribunais. Caso o Tribunal entenda que o sentido interpretativo que permite a incidência da lei X à hipótese Y^3 é inconstitucional, essa sentença será interpretativa porque não atinge de maneira alguma o texto da lei X, apenas declara inconstitucionalidade de uma de suas variantes interpretativas (Y^3).

No exemplo anterior, a inconstitucionalidade atingia uma hipótese de aplicação (Y^2) prevista no texto da lei (X^2). A declaração de inconstitucionalidade dessa hipótese de incidência repercute no próprio texto legal que expressamente a albergava, o que implica dizer que essa decisão não é meramente interpretativa porque não mantém intacto o texto legal, uma vez que, ainda que não se manifeste expressamente, considera parte dele inconstitucional. Nessa sentença, o incidente de inconstitucionalidade (CF 97) faz-se obrigatório, mesmo nos termos da súmula vinculante n. 10. No segundo exemplo, o texto legal não possui nenhum dispositivo prevendo expressamente quais serão as hipóteses de aplicação da lei, as hipóteses serão produto da interpretação dos tribunais. Caso uma decisão considere inconstitucional uma das hipóteses de incidência dessa lei, estará atingindo apenas um dos possíveis sentidos interpretativos dessa lei, mantendo o texto legislativo intacto; essa é uma típica decisão interpretativa, por conseguinte, nela não deve ser suscitado o incidente de inconstitucionalidade³²⁰.

³²⁰ No sentido que defendemos, o STF já se pronunciou: “Note-se que no controle difuso interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma que é a que se refere o artigo 97 da Constituição, e isso porque, nesse sistema de controle, ao contrário do que ocorre no controle concentrado, não é utilizável a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, por se lhe dar uma interpretação conforme à Constituição, o que implica

Em síntese, no caso de decisões que atingem o texto da lei, faz-se necessário suscitar o incidente de inconstitucionalidade, algo que não deve ser aplicado às decisões interpretativas em que é atingida apenas uma das possíveis interpretações da lei, porque: “o juízo de inconstitucionalidade de uma determinada interpretação da lei não afecta a lei em si mesma, não pondo portanto em causa a obra do legislador³²¹”.

3.3.3 A sentença interpretativa de rejeição (*interpretação conforme a Constituição*).

A sentença interpretativa de rejeição ou rechaço consiste naquela em que é aplicada a interpretação conforme à Constituição. Conforme salientamos anteriormente, não se trata de uma decisão de inconstitucionalidade propriamente dita, não atinge o dispositivo legal, e sim sua possibilidade hermenêutica. Se uma determinada lei permite diversas interpretações, a interpretação conforme à Constituição determina aquela que é constitucional.

O STF utilizou a interpretação conforme à Constituição sobre o artigo 10 da Lei dos Juizados Especiais Federais, que faculta às partes a designação de representantes para a causa advogados ou não. O STF aplicou a interpretação conforme à Constituição (ADIn 3168-DF), dispondo que esse artigo apenas será constitucional desde que interpretado no sentido de que nos processos criminais em homenagem ao contraditório, é imperativo ao réu apresentar-se acompanhado de advogado ou defensor público³²². Mediante a

dizer que inconstitucional é a interpretação da norma de modo que a coloque em choque com a Carta Magna, e não a inconstitucionalidade dela mesma que admite interpretação que a compatibiliza com esta. - Falta de prequestionamento (súmulas 282 e 356) da questão constitucional relativa ao direito adquirido no que diz respeito à redução do percentual da inflação aplicável ao caso. Recursos extraordinários não conhecidos” (STF, 1.^a T., RE 184093-SP, rel. Min. Moreira Alves, j. 29.4.1997, v.u., DJU 5.9.1997, p. 41894). Reiterando esse posicionamento cf. STF, 1.^a T., RE 460971, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13.2.2007, v.u., DJU 30.3.2007, p. 76).

³²¹ Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 330.

³²² **Ampla defesa. Juizados especiais federais. Imprescindibilidade da presença de advogado nas causas criminais.** É constitucional a LJEFed 10, que faculta às partes a designação de representantes para a causa, advogados ou não, no âmbito dos juizados especiais federais. No que se refere aos processos de natureza cível, o STF já firmou o entendimento de

interpretação conforme o STF decidiu que a única interpretação em sintonia com a Constituição é a proferida na ADIn 3168, assim ter-se-ia como inconstitucional qualquer interpretação que a contrariasse.

Por intermédio da interpretação conforme à Constituição, é permitido à Corte Constitucional exercer uma adequação da legislação à ordem constitucional. Canotilho identifica limites para a interpretação conforme à Constituição, que consiste principalmente em não atingir um resultado destoante daquele pretendido pelo legislador³²³. Diante do paradigma metodológico que adotamos, não é possível concordar com o limite proposto por Canotilho, uma vez que a norma não está contida na própria vontade da lei ou do legislador, a norma surge da problematização do caso concreto. Ao traçar a vontade do legislador como limite para a interpretação conforme à Constituição, Canotilho parece propor que existiria um sentido hermenêutico (norma) já contido na própria lei, ainda em abstrato, que representaria a vontade do legislador³²⁴.

que a imprescindibilidade de advogado é relativa, podendo, portanto, ser afastada pela lei em relação aos juizados especiais. Perante os juizados especiais federais, em processos de natureza cível, as partes podem comparecer pessoalmente em juízo ou designar representante, advogado ou não, desde que a causa não ultrapasse o valor de sessenta salários mínimos (LJEFed 3.º) e sem prejuízo da aplicação subsidiária integral dos parágrafos da (LJE 9.º). Já quanto aos processos de natureza criminal, em homenagem ao princípio da ampla defesa, é imperativo que o réu compareça ao processo devidamente acompanhado de profissional habilitado a oferecer-lhe defesa técnica de qualidade, ou seja, de advogado devidamente inscrito nos quadros da OAB ou defensor público. Aplicação subsidiária da LJE 68 III. Interpretação conforme, para excluir do âmbito de incidência da LJEFed 10 os feitos de competência dos juizados especiais criminais da Justiça Federal (STF, Pleno, ADIn 3168-DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 8.6.2006, m.v., DJU 3.8.2007, p. 29).

³²³ Cf. J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1190.

³²⁴ Nesse sentido ensina Lenio STRECK: “os sentidos dos textos não estão à disposição do intérprete, como se fossem significantes primordiais fundantes à espera de uma acoplagem subsuntiva (...) Intérprete e texto estão no mesmo modo de ser da linguagem, isto é, na mesma linguisticidade (*Sprächlichkeit*). Portanto, a partir de sua situação hermenêutica, e de um sentido que já vem antecipado pela pré-compreensão, o intérprete produzirá esse sentido. É evidente que ele não é livre para dizer o sentido que melhor lhe aprouver, o que o lançaria no autoritário mundo da relativização sofisticada. O sentido necessariamente exurgirá na conformidade do texto constitucional, entendido no seu todo principiológico, isto é, *no seu sentido ontológico-existencial, e não meramente ôntico-existencial*. Em um segundo momento, e como corolário das razões explicitadas anteriormente, entendo que, pela feição que assume a relação de Poderes no Estado Democrático de Direito, o mecanismo (princípio) da interpretação conforme (assim como da nulidade parcial sem redução de texto) *permite não somente redefinir o conteúdo do texto, como também adaptá-lo à Constituição*. É o que acontece frequentemente com as decisões que têm por base os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Aliás, em face da plurivocidade signífica inerente aos textos jurídicos, *há sempre uma margem maior ou menor de atribuição de sentido*”. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, p. 583.

A interpretação conforme à Constituição, quando aplicada, impede a declaração de inconstitucionalidade do enunciado legislativo desde que interpretado de acordo com a Constituição³²⁵. O resultado da interpretação, normalmente, é incorporado, de forma resumida, na parte dispositiva da decisão³²⁶.

A interpretação conforme à Constituição pode ser utilizada tanto no controle difuso quanto no abstrato, e a principal polêmica consiste na possível atribuição ou não de efeito vinculante das decisões que aplicam a interpretação conforme. Esse efeito vinculante acarreta uma permanente tensão entre a jurisdição constitucional e a ordinária.

Em um Estado Democrático de Direito, a articulação entre a jurisdição ordinária e a jurisdição constitucional deve efetuar-se a partir do entendimento de que a Constituição é o texto normativo fundamental do Estado, o que implica sua supremacia no ordenamento. Como norma fundamental, a Constituição deve integrar o restante do ordenamento jurídico. Por isso toda a atividade interpretativa das normas jurídicas deve efetuar-se de conformidade com o princípio da supremacia constitucional, que incorpora os critérios de validade de todos os textos normativos que compõem o ordenamento jurídico; desse modo, a Constituição é o primeiro critério jurídico hermenêutico para o intérprete enquanto seu parâmetro de validade³²⁷.

O Supremo, quando utiliza a interpretação conforme à Constituição, utiliza o seguinte procedimento: a lei X é constitucional desde que interpretada no sentido conferido pelo STF. Os riscos de se atribuir efeito vinculante a essas decisões são similares aos riscos de se atribuir efeito vinculante à decisão declaratória de constitucionalidade. Conforme já explicitamos, Helmut Simon ensina que o Tribunal Constitucional alemão tem

³²⁵ Carlos Alberto LÚCIO BITTENCOURT. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, p. 93.

³²⁶ Gilmar Ferreira MENDES e Ives Gandra da Silva MARTINS. *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 457.

³²⁷ Cf. María Luisa Balaguer CALLEJÓN. *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid: Tecnos, 1997.

rechaçado a atribuição de efeito vinculante a decisões em que não é acolhida a inconstitucionalidade, e sim praticada a interpretação conforme à Constituição³²⁸. Helmut Simon ressalta o posicionamento do Tribunal Constitucional Alemão, que consiste em negar efeito vinculante às decisões que aplicam a interpretação conforme, atribuindo efeito vinculante apenas às decisões que consideram inconstitucionais interpretações contrárias à Constituição [BVerfGE 40, 88 (93 s.)]. Esse posicionamento se ajusta bem com a ideia dinâmica da Constituição, assim como com o fato de que é tarefa do *Bundesverfassungsgericht* defender a Constituição e não dedicar-se a canonizar suas posições ao longo do tempo³²⁹.

Em sede difusa, o problema do possível efeito vinculante da sentença que aplica a interpretação conforme é saber se é possível o Tribunal Constitucional (STF) impor ao Tribunal recorrido (*a quo*) a interpretação que entedem em conformidade com a Constituição.

Para Jorge Miranda, essa imposição é possível; afinal, “se o Tribunal Constitucional fizer interpretação conforme à Constituição, ela impor-se-á ao Tribunal *a quo*, no caso de o juízo de constitucionalidade ou de legalidade sobre a norma que a decisão recorrida tiver aplicado³³⁰”.

A Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Português possui dispositivo que admite o entendimento supramencionado. O art. 80 n. 3 dispõe: *no caso de o juízo de constitucionalidade ou de legalidade sobre a norma que a decisão recorrida tiver aplicado, ou a que tiver recusado aplicação.*

Rui Medeiros considera inconstitucional esse dispositivo no sentido de que o Tribunal Constitucional não está limitado pela interpretação da lei adotada pelo Tribunal *a quo*, podendo o Tribunal Constitucional julgar inconstitucionais outros sentidos da lei diferentes daquele que lhe é atribuído pelo

³²⁸ Sobre o efeito vinculante nas decisões que aplicam a interpretação conforme à Constituição nos ocuparemos em itens subseqüentes da pesquisa. Cf. Helmut SIMON. La jurisdicción constitucional, p. 843.

³²⁹ Cf. Helmut SIMON. La jurisdicción constitucional, p. 843.

³³⁰ Jorge MIRANDA. *Manual de direito constitucional*, 3.ed. t. II, Coimbra: Coimbra Ed., 1996, p. 266.

Tribunal recorrido, contudo isso não autoriza a possibilidade de impor ao tribunal da causa a adoção de uma determinada interpretação conforme à Constituição³³¹.

O Tribunal Constitucional, ao examinar uma decisão interpretativa que possivelmente esteja em desacordo com a interpretação conforme à Constituição, do mesmo modo que não pode impor obrigatoriamente sua decisão, ele também não está vinculado a averiguar apenas o entendimento conferido à lei pelo tribunal recorrido; essa prática para, Liebman, acarretaria uma multiplicação de recursos para o Tribunal Constitucional³³².

O Tribunal Constitucional não está limitado a examinar a constitucionalidade da interpretação da decisão recorrida, porque ele pode atribuir à lei uma interpretação diferente da adotada na decisão recorrida. Dessa forma, a Corte Constitucional não pode apenas estabelecer a interpretação conforme à Constituição, *sem previamente concluir pela inconstitucionalidade da norma na interpretação da decisão recorrida*³³³.

A decisão que aplica a interpretação conforme à Constituição não pode possuir efeito vinculante; caso o STF decida que a lei X apenas é constitucional se interpretada no sentido X', se algum Tribunal de Justiça decidir, no caso concreto, que a interpretação conforme da lei X correta é a X'', essa decisão não pode ser simplesmente cassada por meio da Reclamação (CF 102 I /), porque o STF não pode simplesmente cassar essa decisão e reenviá-la, impondo ao Tribunal recorrido que decida de acordo com a interpretação (X') fixada por ele próprio, porque se violaria a independência decisória dos juízes³³⁴.

³³¹ Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 365. No mesmo sentido manifesta-se Mário de BRITO. Ainda sobre as decisões interpretativas do Tribunal Constitucional, In: *Estudos em Homenagem à professor Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 736. Em sentido contrário v. Vitalino CANAS. O Tribunal Constitucional: órgão de garantia da segurança jurídica, In: *Estudos em homenagem ao prof. Dr. Armando M. Marques Guedes*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004, p.111. Para uma crítica ao entendimento de Rui MEDEIROS v. Jorge MIRANDA. Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade, pp. 814/816.

³³² Enrico Tullio LIEBMAN. Legge e interpretazione nel giudizio di legittimità costituzionale, in: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, 1966, p. 573.

³³³ Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 368. (grifamos)

³³⁴ Importante destacar como esse risco também existe no sistema de cassação introduzido pela súmula vinculante no Brasil, tanto é que será dedicado um capítulo da pesquisa apenas para

A decisão do tribunal *a quo* poderia ser reformada pela utilização do recurso extraordinário com base na CF 102 III *a*, *b* ou *c*. No julgamento do recurso extraordinário também é vedado ao Supremo cassar a decisão recorrida e impor sua interpretação da lei. Também não pode o STF reformar a decisão do Tribunal recorrido sem examinar a constitucionalidade dela, simplesmente ignorando-a aplicando a interpretação que o STF entende a única conforme à Constituição. O Supremo, no julgamento do recurso extraordinário, para poder modificar a decisão do Tribunal *a quo*, necessita, primeiramente concluir pela inconstitucionalidade da decisão recorrida para então poder decidir qual a interpretação mais adequada (conforme à Constituição) ao deslinde do caso concreto³³⁵.

Em relação ao controle abstrato de constitucionalidade, é ainda mais problemática a atribuição de efeito vinculante às decisões que aplicam interpretação conforme à Constituição. A ponto de o próprio Tribunal Constitucional Alemão negar efeito vinculante às decisões que aplicam a interpretação conforme, atribuindo efeito vinculante apenas às decisões que consideram inconstitucionais interpretações contrárias à Constituição, que aplicam a arguição de nulidade sem redução de texto, tema do próximo item da pesquisa³³⁶.

Da mesma maneira, o constitucionalista austríaco, Peter Oberndorf, rechaça qualquer atribuição de efeito vinculante ao uso da interpretação conforme à Constituição, afinal, essa não constitui monopólio do Tribunal Constitucional, pelo contrário, todos os tribunais do país têm a obrigação de interpretar o material jurídico e aplicar em cada caso concreto a interpretação

demonstrar a necessidade de se teorizar o controle de constitucionalidade difuso da súmula vinculante.

³³⁵ Nesse sentido cf. Lenio Luiz STRECK. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, pp. 683/684. O constitucionalista ensina: para que a interpretação conforme enseje recurso extraordinário, *deve contrariar frontalmente a Constituição*. As duas hipóteses podem surgir: “a) uma norma pode ser considerada constitucional pelo Tribunal *a quo* e ser julgada inconstitucional pelo TC sob o fundamento de que a interpretação da norma no sentido da constitucionalidade feita pelo tribunal *a quo* é manifestamente insustentável, ou por entender que os sentidos possíveis e razoáveis da norma conduzem à sua inconstitucionalidade; b) o Tribunal Constitucional pode considerar constitucional a norma inquinada como inconstitucional pelo Tribunal *a quo*, desde que ela seja interpretada num sentido conforme a Constituição (interpretação adequadora), diferente do atribuído pelo tribunal recorrido”, pp. 683/684.

³³⁶ Cf. Helmut SIMON. *La jurisdicción constitucional*, p. 843.

conforme³³⁷. Assim, importando o argumento de Oberndorf, entendemos que constitui tarefa do Supremo, no âmbito da interpretação conforme à Constituição das leis, apenas o afastamento do sentido das leis, apenas o afastamento do sentido da lei considerado inconstitucional e não o apuramento de um conteúdo único conforme à Constituição³³⁸.

Se em um processo objetivo, ao sentenciar uma ADIn, o STF aplicar a interpretação conforme e decidir que determinada lei apenas é constitucional se interpretada no sentido atribuído pelo Supremo, essa decisão não pode ter efeito vinculante. Isso ocorre porque o Supremo, ao decidir em abstrato a constitucionalidade da lei, não pode prever toda a constelação de casos que surgirão diante da problematidade dos casos concretos a serem solucionados. É impossível para o STF prever todas as normas que poderão surgir a partir da interpretação dessa lei, logo não pode o Supremo fixar com efeito vinculante um sentido da interpretação da lei.

Jorge Miranda também rechaça efeito vinculante no controle abstrato, não admitindo a vinculação das decisões de não constitucionalidade. Logo, se o Tribunal não decidir pela existência de inconstitucionalidade com base em certa interpretação conforme à Constituição, não obriga nenhum tribunal ou nenhuma autoridade e, assim, pode uma interpretação não desejada pelo Tribunal vir a ser adotada na prática; se a interpretação conforme à Constituição pode ser útil no controle difuso, no controle abstrato pode vir a ser perigosa e contraproducente³³⁹.

Vitalino Canas, que, na linha de Jorge Miranda, considera possível a aplicação da interpretação conforme no controle difuso, conseqüentemente considera constitucional o art. 80 n. 3 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Português, nega, no entanto, a atribuição de efeito

³³⁷ Peter OBERNDORF. A justiça constitucional no quadro das funções do Estado, in: *Justiça Constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas*, Lisboa, 1987, p. 160. No mesmo sentido, Wolfgang ZEIDLER. A justiça constitucional no quadro das funções do Estado, p. 61.

³³⁸ Peter OBERNDORF. A justiça constitucional no quadro das funções do Estado, p. 160.

³³⁹ Jorge MIRANDA. *Manual de direito constitucional*, t. II, p. 266.

vinculante à interpretação conforme à Constituição no controle abstrato de constitucionalidade. Leciona Vitalino Canas que, se o Tribunal Constitucional interpretar uma lei com um certo sentido conforme à Constituição, ninguém fica obrigado a aplicar tal lei com essa interpretação, os tribunais ordinários podem aplicar (ou desaplicar) a lei com essa ou outra interpretação. Ao Tribunal Constitucional está vedado agir como *intérprete geral* ou *porta-voz supremo* da lei³⁴⁰.

Rui Medeiros obviamente reforça seu argumento, estendendo ao controle abstrato de constitucionalidade a impossibilidade de conferir efeito vinculante à decisão conforme à Constituição, porque se violaria a independência decisória dos juízes. Sem dizer que, quando o Tribunal Constitucional decide que uma determinada lei deve ser aplicada com a interpretação conferida por ele, viola-se o princípio da constitucionalidade; na prática retirar-se-ia dos órgãos do Judiciário a competência para julgar inconstitucional um sentido da lei anteriormente considerado compatível com a Constituição pelo Tribunal Constitucional³⁴¹.

Tal como expusemos, é praticamente pacífico na doutrina portuguesa e também em decisões do próprio Tribunal Constitucional Alemão que as decisões que aplicam a interpretação conforme à Constituição não devem possuir efeito vinculante. A decisão que aplica a interpretação conforme à Constituição se embasa na não declaração da inconstitucionalidade de um preceito normativo, enquanto esta puder ser interpretada em consonância com o texto constitucional, ou seja, não há nela uma decisão de inconstitucionalidade, conseqüentemente não se deve atribuir-lhe efeito vinculante.

O efeito vinculante apto a atingir os particulares, conforme explanamos, não pode existir em decisões que não sejam oriundas do controle abstrato de constitucionalidade. Nesses processos, o Supremo, tem competência específica restrita às matérias jurídico-constitucionais; não pode, portanto,

³⁴⁰ Vitalino CANAS. O Tribunal Constitucional: órgão de garantia da segurança jurídica, p. 112.

³⁴¹ Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 378.

vincular os demais tribunais em matérias que não se prendem diretamente à questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma interpretação ou de diversas interpretações da lei. Permitir ao Supremo impor aos demais tribunais sua interpretação da lei comprometeria todos os quadros da Justiça, principalmente porque essa interpretação vincularia o Superior Tribunal de Justiça, que é responsável pela interpretação final da legislação ordinária³⁴².

A Constituição Federal estabelece, em seu art. 105 III, que cabe ao STJ uniformizar e dar a interpretação definitiva da legislação federal. Essa função ficaria seriamente comprometida se fosse atribuído efeito vinculante às decisões do Supremo que aplicassem interpretação conforme à Constituição. Assim, seria praticamente impossível evitar a usurpação de competência do STJ pelo STF.

Outro risco iminente da decisão que utiliza a interpretação conforme à Constituição adquirir efeito vinculante está na violação do princípio da independência decisória dos juízes. Não pode o Supremo impor aos demais tribunais sua própria interpretação da lei, porque retiraria a possibilidade de os juízes interpretarem e produzirem a norma adequada para o caso concreto, bem como praticar, se necessário for, o *judicial review*. Esse pretexto efeito vinculante violaria a independência decisória dos juízes consistente na “liberdade de cada Tribunal ou juiz na concreta decisão jurídica ou na normativa apreciação dos casos concretos que seja chamado a julgar³⁴³”.

O Supremo não pode atribuir efeito vinculante às decisões que utilizam a interpretação conforme à Constituição, porque não pode impor aos demais tribunais sua própria interpretação da lei. Essa proibição recrudescer no controle abstrato de constitucionalidade, porque o STF, ao interpretar em abstrato a constitucionalidade de uma lei não pode prever toda a constelação de normas que surgirão a partir dessa lei, quando surgirem os casos concretos a serem

³⁴² Esses riscos são destacados por Rui MEDEIROS em relação ao Supremo Tribunal Português, cf. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 383.

³⁴³ CASTANHEIRA NEVES. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 110.

solucionados³⁴⁴. Ou seja, nada garante que a interpretação conforme à Constituição realizada pelo Supremo seja a única conforme à Constituição ou então que essa norma proveniente da interpretação conforme do Supremo não se apresente inconstitucional diante da especificidade de determinado caso concreto. Conforme ensina Castanheira Neves, não existe uma verdadeira interpretação da lei, uma verdadeira interpretação legal; não é possível ao Supremo nem a nenhum outro tribunal dizer que exista uma única e correta interpretação da lei, esquecendo-se assim a natureza normativa, e constitutivamente normativa (estruturante), que explicitamos da norma jurídica³⁴⁵.

Diante do que expusemos, reafirmamos nossa conclusão pela impossibilidade de se atribuir efeito vinculante às decisões que aplicam a interpretação conforme à Constituição, mormente naquelas provenientes do controle abstrato. A interpretação conforme à Constituição não representa uma decisão de inconstitucionalidade; trata-se de uma interpretação sistemática da legislação realizável por todos os tribunais na medida em que a Constituição é o primeiro vetor hermenêutico na aplicação do direito, o que reforça sua impossibilidade de possuir efeito vinculante. Atribuir efeito vinculante a essas decisões compromete toda a independência do Poder Judicial, porque na prática o Supremo acabaria impondo sua interpretação da lei aos demais Tribunais, algo que, além de violar a independência decisória dos juízes, acarretaria a usurpação de competência do Superior Tribunal de Justiça.

Diante do que expusemos, é forçoso reconhecer a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 28 da Lei 9868/99, na parte que atribui efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário às decisões que utilizam a interpretação conforme à Constituição. Essa inconstitucionalidade

³⁴⁴ No mesmo sentido manifesta-se Rui MEDEIROS dispondo: “para além da dificuldade de o Tribunal Constitucional imaginar e apreciar todas as possíveis interpretações da lei, falta, frequentemente, nos processos de fiscalização abstracta o material dos casos concretos, e, portanto, a perspectiva problemática-intencional que tudo condiciona e em função da qual tudo deverá ser interrogado e resolvido. E, faltando ao Tribunal Constitucional o material dos casos concretos, já se vê que os juízes constitucionais dificilmente terão possibilidade de vislumbrar todas as interpretações possíveis da lei”. Cf. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 390.

³⁴⁵ CASTANHEIRA NEVES. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 367.

se apresenta tanto no controle difuso quanto no concentrado. No primeiro modelo, caso se admitisse o efeito vinculante, seria possível ao STF cassar a decisão do Tribunal *a quo* e reenviá-la, obrigando-o a decidir de acordo com a interpretação fixada pelo Supremo. Para evitar essa teratologia, deve-se admitir que a decisão que aplica uma interpretação distinta daquela do STF poderá ser corrigida por recurso extraordinário. Desde que o Supremo entenda que ela contraria a Constituição, deverá declarar a inconstitucionalidade da norma proveniente da decisão recorrida para em seguida corrigi-la, substituindo então a decisão do Tribunal *a quo*³⁴⁶.

No controle abstrato, essa atribuição de efeito vinculante é ainda mais problemática porque transformaria o Supremo em *porta-voz supremo da lei*, amealhando competências que não lhe pertencem; não pode o STF atribuir efeito vinculante na sua interpretação da legislação ordinária, esse efeito deve ser restrito às suas decisões de inconstitucionalidade, algo inexistente na interpretação conforme. Também, quando o Supremo interpreta em conformidade com a Constituição uma lei em abstrato, não pode pretender que essa sua interpretação seja obrigatória na aplicação do direito pelos demais tribunais afinal, é impossível ao Pretório Excelso prever quais são todas as normas que poderão surgir diante da diversidade dos casos concreto que surgirão na legislação ordinária.

Na hipótese de o Supremo Tribunal manusear a interpretação conforme e pretender fixar um sentido vinculante à determinada interpretação, de acordo com o que argumentamos, esse efeito vinculativo não pode atingir o

³⁴⁶ Gilmar Ferreira MENDES e Ives Gandra MARTINS não questionam a constitucionalidade do dispositivo, inclusive conforme já salientamos estendem o efeito vinculante aos motivos determinantes da decisão. Cf. *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 603 *et seq.* Criticando a atribuição de efeito vinculante a essas decisões são significativas as palavras de Lenio STRECK, para quem: “É temerária – repito – a adoção de efeito vinculante das decisões em interpretação conforme à Constituição, da decisão denegatória de ação direta de inconstitucionalidade (bem como às emanadas de decisões declaratórias de constitucionalidade, questão que deve(ria) continuar a desafiar a reflexão jurídica no Brasil, nos termos em que está sendo pretendida. Nosso sistema jurídico tem a lei como paradigma, consoante o art. 5.º, II, da Constituição Federal (além disso, o próprio artigo 97 da Constituição estabelece *quorum* qualificado para declarar a inconstitucionalidade de leis, e não de constitucionalidade!). Fazê-lo é alterar a sua *ratio essendi*. Devemos denunciar, de pronto, que esse efeito vinculante é uma camisa-de-força que atinge, inexorável e impiedosamente, as instâncias inferiores do Judiciário brasileiro. Cf. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, p. 639.

Judiciário. Contudo é plausível a vinculação em relação à Administração Pública, cuja atuação deve ser conforme à Constituição, sem margem de conformação, estando as autoridades administrativas vinculadas às interpretações publicadas das normas constitucionais feitas pelo Pretório Excelso³⁴⁷.

Sempre que o Supremo desejar atribuir efeito vinculante a sua decisão interpretativa, deverá declarar quais são os sentidos interpretativos inconstitucionais da lei e não pretender atribuir um único sentido conforme à Constituição; para tanto, deverá utilizar a arguição de nulidade sem redução de texto, que será examinada no item sequente da pesquisa.

3.3.4 A sentença interpretativa de aceitação - arguição de nulidade sem redução de texto.

A sentença interpretativa de aceitação, também conhecida como sentença de anulação, não incide sobre o texto legislativo (normativo) em si, e sim sobre uma variante interpretativa.

Essa sentença guarda grande relação com a decisão que aplica a interpretação conforme à Constituição, tanto é que na maior parte das vezes essa distinção não é feita. Contudo, em razão do efeito vinculante que pode ser agregado ao dispositivo da sentença constitucional e da problemática que um possível efeito vinculante na interpretação conforme pode causar, é necessário tratar separadamente essas duas modalidades de sentenças interpretativas.

Na utilização da interpretação conforme à Constituição, o Supremo fixa a interpretação que entende constitucional para aquele dispositivo, enquanto que na arguição de nulidade, o Supremo, em vez de declarar qual a interpretação adequada (conforme à Constituição) do texto normativo, na declaração de nulidade sem redução de texto, o STF limita-se tão somente a declarar a inconstitucionalidade de uma das variantes interpretativas do texto.

³⁴⁷ Hans J. WOLFF, Otto BACHOF e Rolf STROBER. *Direito Administrativo*. v. 1, pp. 434/435.

Nessa modalidade de sentença, a declaração de inconstitucionalidade não atinge o texto legal que conserva sua validade, permitindo outras interpretações desse mesmo dispositivo, o que é anulado é uma de suas interpretações (norma), mantendo-se assim o texto legal dentro do sistema apto a fornecer novas interpretações quando contraposto aos problemas concretos, apto a criar novas normas³⁴⁸.

Se a lei X permite diversas variantes interpretativas, dentre elas X¹, X² e X³, essas variantes obviamente não podem ser confundidas com o texto normativo, elas seriam as normas diante do conceito expansivo de norma sistematizado por Rui Medeiros³⁴⁹. Caso o STF entendesse que apenas a variante interpretativa X³ fosse inconstitucional e declarasse sua inconstitucionalidade sem redução de texto, essa norma X³ seria retirada do ordenamento jurídico; todavia, a constitucionalidade do texto legal que a originou manteria sua validade, assim como, as normas X¹ e X², e outras que poderiam surgir a partir de novas interpretações do texto (X).

A importância de se distinguir a arguição de nulidade sem redução de texto da interpretação conforme à Constituição é que, na primeira, é possível a concessão de efeito vinculante, ao contrário da interpretação conforme, tal como demonstramos no tópico anterior. Na interpretação conforme à Constituição não há uma decisão de inconstitucionalidade e explicitamos, contundentemente, nossa rejeição à atribuição de efeito vinculante às decisões de rejeição de inconstitucionalidade, sejam as que aplicam a interpretação conforme ou as que julgam procedente a ADC ou improcedente a ADIn.

Acontece que, na arguição de nulidade sem redução de texto (inconstitucionalidade parcial qualitativa), existe uma decisão de inconstitucionalidade sobre norma e não sobre o texto normativo; nessa decisão pode-se afirmar que o Supremo procede a um controle normativo de

³⁴⁸ Sobre o tema v. Riccardi GUASTINI. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano, pp. 64/65.

³⁴⁹ Cf. Rui MEDEIROS. A força expansiva do conceito de norma no sistema português de fiscalização concentrada de constitucionalidade (*passim*).

constitucionalidade e não legislativo, visto que apenas uma das normas (interpretações) do dispositivo legal poderá ser declarada inconstitucional; o texto legal mantém sua validade no sistema.

Por conter uma decisão de inconstitucionalidade, é possível agregar-se efeito vinculante à decisão que usou a arguição de nulidade sem redução de texto; no exemplo que demos, se a lei X permite as interpretações X¹, X² e X³ e se o Supremo, mediante a declaração de inconstitucionalidade qualitativa, entender que a norma – interpretação X³ é inconstitucional, essa norma é retirada do ordenamento porque é declarada inconstitucional, não podendo mais ser utilizada, possuindo assim efeito vinculante a decisão que a declarou inconstitucional. No entanto, a lei X mantém sua validade, continuando apta a fornecer novas interpretações Xⁿ diante da problematidade de novos casos concretos, bem como continuam incólumes as demais variantes interpretativas que já poderiam ter sido examinadas, quais sejam, X¹ e X². Nesse sentido, Lenio Streck ensina que: “a nulidade parcial sem redução de texto diz respeito à procedência em parte da inconstitucionalidade proposta, apenas poderá ser vinculante o sentido (aquele sentido) que é retirado do sistema³⁵⁰”.

Na decisão de inconstitucionalidade em que foi utilizada a arguição de nulidade sem redução de texto, é possível a atribuição de efeito vinculante a essa decisão desde que seja realizada nos limites expostos, em que o efeito vinculante se restringe à impossibilidade de se utilizar a interpretação do enunciado legislativo (norma – Guastini), declarada inconstitucional pelo Supremo. No exemplo dado, o efeito vinculante operaria em relação à impossibilidade de, uma vez declarada inconstitucional a interpretação X³, não poderia mais nenhum Tribunal utilizar essa interpretação.

Consoante expusemos, a arguição de nulidade sem redução de texto não realiza nenhum juízo de constitucionalidade sobre o texto legislativo a lei em si. A decisão alcança apenas as normas, ou seja, as interpretações oriundas desses textos, não há uma decisão sobre o texto; assim sendo, mesmo

³⁵⁰ Lenio STRECK. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, p. 644.

para as correntes que admitem efeito vinculante para as decisões de declaração de constitucionalidade ou de rejeição de inconstitucionalidade, não é possível entender que, declarada a inconstitucionalidade de uma variante interpretativa de um texto legal, automaticamente está se declarando constitucional o texto legal que permitiu o surgimento dessa interpretação³⁵¹. De acordo com o exemplo que trabalhamos, o fato de o Supremo declarar a inconstitucionalidade sem redução de texto da interpretação X³ da lei X, não significa que, ao restringir sua declaração de inconstitucionalidade apenas à interpretação X³, automaticamente está declarando a constitucionalidade da lei X.

Outro limite ao efeito vinculante consiste na sua atribuição apenas ao que se refere à interpretação considerada inconstitucional (X³), não se podendo atribuir efeito vinculante às outras variantes interpretativas porque não foram objeto de decisão de inconstitucionalidade. Por consequência, o texto normativo, ao manter sua validade, permite o surgimento de outras variantes interpretativas possíveis, porque “a nulidade parcial sem redução de texto é um processo que evita a nadificação de todo o texto normativo (nadifica-se um sentido, mas se preservam todos os demais sentidos possíveis³⁵²”.

Por fim, cumpre ressaltar que nas sentenças interpretativas, tanto as de rejeição em que é aplicada a interpretação conforme quanto nas de aceitação em que é utilizada a arguição de inconstitucionalidade sem redução de texto, as decisões podem ser utilizadas no controle difuso de constitucionalidade. Afinal, seria no mínimo incoerente admitir que os juízes pudessem declarar em sede difusa a inconstitucionalidade de uma lei e não poderiam aplicar a interpretação conforme e a arguição de nulidade que manteriam a validade da lei no sistema, seria no mínimo incoerente permitir que o juiz fizesse o mais que seria a declaração de inconstitucionalidade e impedi-lo de pronunciar uma sentença interpretativa que manteria a validade do texto legal. A possibilidade de utilização desses mecanismos pelos órgãos da jurisdição ordinária ensina Lenio Streck encontra seu fundamento “no controle difuso de constitucionalidade.

³⁵¹ Nesse sentido cf. Lenio STRECK. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, p. 645.

³⁵² Lenio STRECK. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, p. 648.

Impedir esse uso pelos juízes e tribunais inferiores seria restringir a própria modalidade de controle difuso; seria uma espécie de meio-controle³⁵³”.

A decisão que utiliza a argüição de nulidade sem redução de texto é uma decisão de inconstitucionalidade que atinge o nível interpretativo a norma e não o texto, desse modo, nesse tipo de decisão ocorre um controle de constitucionalidade da norma e não da lei em si, o que implica na desnecessidade de se suscitar a reserva de plenário (CF 97) pelos tribunais na utilização dessas sentença de inconstitucionalidade. O art. 97 da Constituição estabelece a necessidade de suscitar o *full bench* quando for declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, na argüição de nulidade sem redução de texto o que é considerado inconstitucional é a norma (interpretação do enunciado legislativo) e não o texto, este reiteramos mantém-se incólume e válido no sistema, implicando assim na desnecessidade de suscitação da reserva de plenário nas decisões de inconstitucionalidade que lançam mão da argüição de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Importante destacar que a argüição de nulidade sem redução de texto com seus efeitos vinculantes limitados ao que propomos pode ter como objeto o próprio texto constitucional, essa ressalva é muito importante a fim de permitir a harmonização do regime cassação instituído pelo regime das súmulas vinculantes previsto no art. 103-A da Constituição, para que a súmula vinculante possa coadunar-se com a independência decisória dos juízes.

³⁵³ Lenio STRECK. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, p. 660.

3.4 As sentenças manipulativas.

As sentenças manipulativas são as decisões de inconstitucionalidade cuja análise é a mais polêmica por interferirem diretamente na esfera de atuação do legislador. Essas sentenças são designadas por Rui Medeiros de modificativas. Nessas decisões, o Tribunal Constitucional age com função semelhante a de legislador positivo³⁵⁴.

Mais precisamente, por essas sentenças o Judiciário emite disposições normativas novas originadas não mais somente pelo Legislativo, mas também pelo Tribunal Constitucional, atuando assim como *paraleislador*³⁵⁵.

As sentenças manipulativas são também designadas de sentenças normativas. Nessas sentenças, a Corte Constitucional não se limita a declarar a ilegitimidade das normas que lhe são submetidas, sendo que o Judiciário nelas atua inclusive como legislador, modificando diretamente o ordenamento com o intuito de adequá-lo com a Constituição³⁵⁶.

As sentenças manipulativas dividem-se basicamente em dois grupos: sentenças aditivas e sentenças substitutivas.

3.4.1 Sentenças aditivas.

As sentenças aditivas são aquelas nas quais a Corte declara a ilegitimidade constitucional de uma disposição legislativa dada, na parte em que

³⁵⁴ Rui MEDEIROS. *Decisão de inconstitucionalidade*, p. 490 *et seq.*

³⁵⁵ Francisco José EGUIGUREN PRAELI. Las sentencias interpretativas o “manipulativas” y su utilización por El Tribunal Constitucional Peruano, in: *Estudios em homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, t. V, Juez y Sentencia constitucional, Mexico: Marcial Pons, 2008, p. 325.

³⁵⁶ Cf. Riccardo GUASTINI. La “Constitucionalización” del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano, p. 65.

não expressa certa norma, norma essa que deveria estar expressa para ser conforme à Constituição³⁵⁷.

São diversas as classificações que a doutrina estrangeira confere às sentenças aditivas. Para a finalidade do presente mestrado, simplificaremos essa classificação distinguindo basicamente dois grupos: decisão de inconstitucionalidade com indireta produção da norma constitucional (sentenças redutoras); e sentença aditiva em sentido estrito, na qual o Judiciário profere a disposição normativa necessária para a norma tornar-se constitucional.

3.4.1.1 A decisão de inconstitucionalidade com indireta produção da norma constitucional (sentenças redutoras).

Esse tipo de decisão caracteriza-se por declarar-se a inconstitucionalidade de parte do texto normativo que, por si só, acarreta a produção de uma norma constitucionalmente adequada. Carlos Blanco de Moraes denomina essa modalidade de sentenças demolitórias com efeitos necessariamente aditivos³⁵⁸.

As sentenças redutoras são aquelas que declaram a inconstitucionalidade de determinada frase, linha, parágrafo ou palavra do texto normativo que seja contrária à Constituição e gera, portanto, um vício de inconstitucionalidade em decorrência de sua redação excessiva e desmedida.³⁵⁹

Essas sentenças são geralmente resultantes da aplicação do princípio da igualdade.³⁶⁰ Se determinada lei instituísse um benefício aos

³⁵⁷ Riccardo GUASTINI. La “Constitucionalización” del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano, p. 65.

³⁵⁸ Carlos BLANCO DE MORAIS. *Justiça Constitucional*, t. II, p. 376 *et seq.*

³⁵⁹ Francisco José EGUIGUREN PRAELI. Las sentencias interpretativas o “manipulativas” y su utilización por El Tribunal Constitucional Peruano, pp. 340/341.

³⁶⁰ Cf. Riccardo GUASTINI. La “Constitucionalización” del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano, p. 65.

trabalhadores no dispositivo X, e no X¹ limitasse, sem justificativa alguma, esse benefício aos trabalhadores de um único grupo G¹.

A lei supramencionada seria obviamente inconstitucional por afrontar o princípio da igualdade. Entretanto, a declaração da inconstitucionalidade de toda a lei geraria uma situação de inconstitucionalidade mais grave porque retiraria o benefício trabalhista, inclusive dos trabalhadores do grupo G¹.

Assim, a fim de evitar essa situação, a Corte Constitucional declara a inconstitucionalidade do dispositivo legal X¹ que limita o benefício apenas aos trabalhadores da classe G¹. Esta decisão de inconstitucionalidade sobre o texto normativo proporciona o surgimento de norma constitucional afinal o benefício estabelecido passa a ser aplicável para todos os trabalhadores tal como o dispositivo X do exemplo previa.

Tal forma de sentença, ao contrário daquela que aplica a interpretação conforme à Constituição, possui uma decisão de inconstitucionalidade. No exemplo que mencionamos, ocorre a declaração de inconstitucionalidade do preceito X¹. Para uma conceituação mais precisa desse tipo de sentença melhor seria dizer que nelas ocorre a utilização da arguição de nulidade *com* redução de texto, afinal, a decisão incide sobre parte do texto normativo que não mais se mantém incólume tal como ocorre nas sentenças meramente interpretativas.

3.4.1.2 As sentenças aditivas em sentido estrito.

As sentenças aditivas em sentido estrito constituem as modalidades mais polêmicas de sentenças aditivas. Tais decisões não julgam apenas inconstitucional parte do texto normativo, mas “também reparam imediatamente o silêncio do legislador gerador desse quadro de invalidez ou a

lacuna criada pela própria componente ablativa da sentença, através da identificação de uma norma aplicável³⁶¹”.

As sentenças aditivas propriamente ditas são aquelas que o Tribunal Constitucional adiciona algo ao texto legal incompleto para transformá-lo em plenamente constitucional.

Nessas sentenças, a Corte Constitucional complementa o texto legislativo cuja redação está aquém do que é exigido pela Constituição. Desse modo, não se trata de uma sentença que declara a inconstitucionalidade do texto normativo, mas sim daquilo que o texto normativo não dispôs, mas que deveria ter estabelecido, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade que existe nessas decisões de inconstitucionalidade incide sobre uma inconstitucionalidade por omissão³⁶².

O objeto da decisão é só uma *parte ideale*, ou seja, “um preceito implícito” que o texto não revela e que se descobre por via interpretativa³⁶³. Nos dizeres de Jorge Miranda: a inconstitucionalidade “acha-se na norma *na medida em que não contém tudo aquilo que deveria conter* para responder aos imperativos da Constituição. E então, o órgão da fiscalização acrescenta esse elemento que falta³⁶⁴”.

No mesmo sentido, Marco Angelone ensina que as sentenças aditivas caracterizam-se por exporem a ilegitimidade constitucional da norma impugnada não por aquilo que efetivamente estabelece, mas, ao contrário, a inconstitucionalidade incide na parte na qual “não prevê”, “não estende”, “não contempla”, “não limita”, “não dispõem”, “exclui”, e, por isso, em definitivo, omite em considerar qualquer coisa. É evidente em tais casos que a Corte, ao censurar

³⁶¹ Carlos BLANCO DE MORAIS. *Justiça Constitucional*, t. II, p. 380.

³⁶² Francisco José EGUIGUREN PRAELI. Las sentencias interpretativas o “manipulativas” y su utilización por El Tribunal Constitucional Peruano, p. 341.

³⁶³ Marco ANGELONE. Sentenze additive della Corte costituzionale e interpretazione adeguatrice, in: *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale a cura di Pasquale Femia*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 565.

³⁶⁴ Jorge MIRANDA. Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade, p. 819.

uma lacuna, termina por interpolar o preceito normativo julgado carente, enxertando na originária formulação legislativa um *quid pluris*: os elementos necessários para integrar o texto normativo e torná-lo constitucionalmente aceitável.³⁶⁵

A finalidade da sentença aditiva, em sentido estrito, consiste em controlar e integrar as omissões legislativas inconstitucionais, ou seja, mediante o ato de adição, evitar que uma lei crie situações contrárias aos princípios e valores constitucionais³⁶⁶.

Para se poder determinar os limites e as possibilidades de utilização da decisão aditiva, faz-se necessário distinguir as sentenças aditivas das integrativas (aditivas que a regra a ser adicionada está prevista constitucionalmente). Por meio das decisões integrativas se interpreta certa lei que possui preceitos insuficientes, consequentemente inconstitucionais, complementando-a com preceitos da Constituição.

Desse modo, a diferença “está em que nas decisões aditivas o órgão da fiscalização formula, implícita ou indiretamente, uma regra, ao passo que nas decisões integrativas ele vai apoiar-se diretamente numa regra constitucional³⁶⁷”.

São diversas as polêmicas existentes em torno da aceitabilidade da aplicação das sentenças aditivas. J. J. Gomes Canotilho entende ser discutível a admissibilidade das sentenças aditivas cujo desenvolvimento ocorreu na doutrina e jurisprudência italianas³⁶⁸.

³⁶⁵ Marco ANGELONE. *Sentenze additive della Corte costituzionale e interpretazione adeguatrice*, pp. 564/565.

³⁶⁶ Francisco José EGUIGUREN PRAELI. *Las sentencias interpretativas o “manipulativas” y su utilización por El Tribunal Constitucional Peruano*, p. 341.

³⁶⁷ Jorge MIRANDA. *Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade*, p. 820.

³⁶⁸ J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, pp. 989/990.

Rui Medeiros, em regra, opõe-se a essas decisões³⁶⁹. A posição de Rui Medeiros é favorável à aplicação das decisões aditivas na modalidade integrativa tal como expusemos no parágrafo anterior. Rui Medeiros contesta a utilização da sentença aditiva como regra, embasado em Canotilho, afirmando que o sistema constitucional possui uma preferência pelo Legislador como órgão concretizador da Constituição³⁷⁰.

Contudo, o posicionamento de Rui Medeiros não é inexorável. O constitucionalista admite a decisão aditiva na modalidade designada de integrativa, quando a “modificação da lei operada pelo Tribunal Constitucional incorpora unicamente uma solução constitucionalmente obrigatória, pois, nestes casos, o Tribunal Constitucional não exerce manifestamente uma função substancialmente criativa *ex nihilo*”³⁷¹.

Jorge Miranda admite a utilização das sentenças aditivas, para tanto, rechaça que na sua utilização o Tribunal Constitucional funcione como legislador, uma vez que não age por iniciativa própria, nem segundo critérios políticos; afinal, atua em processo instaurado por outrem e vinculado aos critérios de interpretação e construção jurídica inerentes à hermenêutica constitucional³⁷².

Carlos Blanco de Moraes destaca os principais argumentos favoráveis e contrários à utilização da sentença aditiva³⁷³. O argumento que merece destaque diz respeito especialmente à tutela de direitos fundamentais porque neste caso, “a Constituição imporia mandatos de atuação positiva, pelo

³⁶⁹ Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 456.

³⁷⁰ Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 497; J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1115.

³⁷¹ Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 456. Criticando uma possível atuação legislativa do Tribunal Constitucional conferir: Patrícia RODRIGUEZ-PATRÓN. *La Autonomía Procesal Del Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas, 2003, pp. 148/149.

³⁷² Jorge MIRANDA. Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade, p. 821. Também admitindo essas decisões cf. Vitalino CANAS. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, Lisboa: Cognition, 1984, pp. 43/46.

³⁷³ Carlos BLANCO DE MORAIS. *Justiça Constitucional*, t. II, pp. 409/418.

que, neste campo, a liberdade ou discricionariedade legislativa deveria recuar frente às *obrigações de facere*, conexas com a tutela desses direitos³⁷⁴.

Atualmente, corroboramos o entendimento de Carlos Blanco de Moraes que assevera que as sentenças com efeitos aditivos já são elementos da moderna Jurisdição Constitucional, não sendo mais pertinente ou realista discutir se devem ou não ser admitidas, mas sim quais são seus respectivos limites de atuação³⁷⁵.

Esta é a perspectiva adotada pela pesquisa, cuja preocupação principal consiste em delimitar os limites da atuação do Judiciário na reconstrução do ordenamento mediante a utilização das sentenças aditivas e interpretativas. Após explicarmos a sentença substitutiva, passaremos a elaborar um balanço crítico a respeito da utilização dessas modalidades de decisão no ordenamento nacional, juntamente com a análise da recente jurisprudência do STF sobre o tema.

3.4.2 As sentenças substitutivas.

São designadas de substitutivas as sentenças da Corte que declaram a inconstitucionalidade de uma disposição, dada na parte em que expressa determinada norma ao invés de outra.

Nesse caso, a decisão substitutiva se compõe de duas partes distintas: uma que declara a inconstitucionalidade de um fragmento ou parte da disposição legal impugnada; e outra que a reconstrói, mediante a qual o Tribunal Constitucional introduz um dispositivo normativo novo, cuja construção tem por base os princípios constitucionais violados³⁷⁶.

³⁷⁴ BLANCO DE MORAIS. *Justiça Constitucional*, t. II, p. 411.

³⁷⁵ BLANCO DE MORAIS. *Justiça Constitucional*, t. II, p. 413.

³⁷⁶ FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI. Las sentencias interpretativas o “manipulativas” y su utilización por El Tribunal Constitucional Peruano, p. 336.

Da mesma maneira, Vitalino CANAS explica que nas decisões substitutivas duas fases podem ser observadas: “por um lado são decisões redutivas, eliminando parte da norma; por outro lado são aditivas, na medida em que à parte sã vem acrescentar nova regulamentação, substituindo a declarada inconstitucional ou ilegal³⁷⁷”.

Riccardo Guastini dá o seguinte exemplo de decisão substitutiva: uma disposição confere certo poder a certo órgão estatal, X, enquanto que segundo a Constituição (de acordo com a interpretação dada pela Corte), tal poder deveria ser conferido ao órgão Y.

Por conseqüência, é inconstitucional e, portanto, deveria ser anulada. Nestes casos, a Corte não pode considerar-se satisfeita simplesmente com a anulação pura da lei. A Corte declara que a disposição é inconstitucional na parte que confere poder ao órgão X e não ao Y.

Assim, a corte ao invés de apenas declarar inconstitucional esse dispositivo legal ela o substitui, conferindo o poder ao órgão constitucionalmente correto, que seria no caso do exemplo o órgão Y³⁷⁸.

Rigorosamente, as sentenças substitutivas não se diferenciam das sentenças aditivas propriamente ditas, ambas constituem manifestação de um poder normativo do Judiciário. O exame separado da sentença substitutiva permite uma melhor sistematização (classificação) da matéria.

Tanto as sentenças aditivas quanto as manipulativas constituem exemplos paradigmáticos de interpretação não literal. Nelas o Judiciário não elimina, simplesmente, do ordenamento o dispositivo considerado inconstitucional, nem propriamente o reinterpreta (como faz por meio das sentenças interpretativas), mas, sim, o *reescreve*, de modo a alterar o texto, mudando a originária direção do texto normativo. O texto normativo considerado

³⁷⁷ Vitalino CANAS. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, p. 47.

³⁷⁸ Riccardo GUASTINI. La “Constitucionalización” del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano, p. 66.

inconstitucional de fato viverá e será aplicado depois daquele momento da forma em que foi reescrito pelo Tribunal Constitucional³⁷⁹.

3.4.3 As decisões manipulativas do STF.

A introdução das decisões manipulativas no ordenamento nacional é um fenômeno recente, sua inserção tem sido feita principalmente pelo Ministro Gilmar Mendes.

Neste item da pesquisa, destacaremos algumas decisões manipulativas proferidas pelo Supremo e em seguida nos posicionaremos teoricamente a respeito dessas decisões. Algumas decisões aditivas proferidas no bojo de Mandado de Injunção serão expostas com maiores detalhes em tópico subsequente.

Um exemplo paradigmático das decisões manipulativas na modalidade aditiva é o voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes na ADIn 3510-DF, que julgava a constitucionalidade da L 11105/05, que regulamentava a pesquisa com células tronco.

O Min. Gilmar Mendes entendeu que o art. 5.º da L 11105/05 era deficiente na regulamentação (tratamento normativo) das pesquisas com células tronco e, por isso, seria inconstitucional por violar o princípio da proporcionalidade não como proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Assim manifestou-se Gilmar Mendes:

A lei brasileira, numa lacuna contundente, estabelece apenas que as instituições de pesquisa e serviços de saúde, que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas, deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. **Deixa a lei, nesse aspecto, de instituir um imprescindível Comitê Central de Ética,**

³⁷⁹ Marco ANGELONE. Sentenze additive della Corte costituzionale e interpretazione adeguatrice, p. 582.

devidamente regulamentado. A legislação germânica, por exemplo, institui não só um órgão administrativo competente (*Zuständige Behörde*), ligado ao Ministério da Saúde, para conceder as licenças prévias, como cria Comissão de Ética Central para Pesquisa com células-tronco (*Zentrale Ethikkommission für Stammzellenforschung*), formada por expertos em medicina, biologia, ética e teologia. Além disso, é importante observar que a legislação no direito comparado, sem exceção, estabelece, de forma expressa, uma *cláusula de subsidiariedade*, no sentido de permitir as pesquisas com embriões humanos apenas nas hipóteses em que outros meios científicos não se demonstrarem adequados para os mesmos fins. A lei brasileira deveria conter dispositivo explícito nesse sentido, como forma de um tratamento responsável sobre o tema. Os avanços da biotecnologia já indicam a possibilidade de que células-tronco totipotentes sejam originadas de células do tecido epitelial e do cordão umbilical. As pesquisas com células-tronco adultas têm demonstrado grandes avanços. O desenvolvimento desses meios alternativos pode tornar desnecessária a utilização de embriões humanos e, portanto, afastar, pelo menos em parte, o debate sobre as questões éticas e morais que envolvem tais pesquisas. Assim, a existência de outros métodos científicos igualmente adequados e menos gravosos torna a utilização de embriões humanos em pesquisas uma alternativa científica contrária ao princípio da proporcionalidade. O art. 5º da Lei nº 11.105/2005 é, portanto, deficiente, em diversos aspectos, na regulamentação do tema das pesquisas com células-tronco. A declaração de sua inconstitucionalidade, com a conseqüente pronúncia de sua nulidade total, por outro lado, pode causar um indesejado vácuo normativo mais danoso à ordem jurídica e social do que a manutenção de sua vigência. Não seria o caso de declaração total de inconstitucionalidade, ademais, pois é possível preservar o texto do dispositivo, desde que seja interpretado em conformidade com a Constituição, ainda que isso implique numa típica sentença de perfil aditivo (...). A eliminação ou fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto, quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador. Por isso, muitas vezes a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto. A experiência das Cortes Constitucionais européias – destacando-se, nesse sentido, a *Corte Costituzionale* italiana³⁰ – bem demonstra que, em certos casos, o recurso às decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da norma constitui a única solução viável para que a Corte Constitucional enfrente a inconstitucionalidade existente no caso concreto, sem ter que recorrer a subterfúgios indesejáveis e soluções simplistas como a declaração de inconstitucionalidade total ou, no caso de esta trazer

conseqüências drásticas para a segurança jurídica e o interesse social, a opção pelo mero não-conhecimento da ação (...) Certas modalidades atípicas de decisão no controle de constitucionalidade decorrem, portanto, de uma necessidade prática comum a qualquer jurisdição constitucional. Assim, o recurso a técnicas inovadoras de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral tem sido cada vez mais comum na realidade do direito comparado, na qual os tribunais não estão mais afeitos às soluções ortodoxas da declaração de nulidade total ou de mera decisão de improcedência da ação com a conseqüente declaração de constitucionalidade. Além das muito conhecidas técnicas de interpretação conforme à Constituição, declaração de nulidade parcial sem redução de texto, ou da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, aferição da “lei ainda constitucional” e do apelo ao legislador, são também muito utilizadas as técnicas de limitação ou restrição de efeitos da decisão, o que possibilita a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro* a partir da decisão ou de outro momento que venha a ser determinado pelo tribunal. Nesse contexto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem evoluído significativamente nos últimos anos, sobretudo a partir do advento da Lei nº 9.868/99, cujo art. 27 abre ao Tribunal uma nova via para a mitigação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade. A prática tem demonstrado que essas novas técnicas de decisão têm guarida também no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Uma breve análise retrospectiva da prática dos Tribunais Constitucionais e de nosso Supremo Tribunal Federal bem demonstra que a ampla utilização dessas decisões, comumente denominadas “atípicas”, as converteram em modalidades “típicas” de decisão no controle de constitucionalidade, de forma que o debate atual não deve mais estar centrado na admissibilidade de tais decisões, mas nos limites que elas devem respeitar. O Supremo Tribunal Federal, quase sempre imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de *self-restraint* ao se deparar com situações em que a interpretação conforme possa descambar para uma decisão interpretativa corretiva da lei. Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar que, em muitos casos, a Corte não se atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador (...) Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais européias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para

a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional. O presente caso oferece uma oportunidade para que o Tribunal avance nesse sentido. O vazio jurídico a ser produzido por uma decisão simples de declaração de inconstitucionalidade/nulidade dos dispositivos normativos impugnados torna necessária uma solução diferenciada, uma decisão que exerça uma “função reparadora” ou, como esclarece Blanco de Moraes, “de restauração corretiva da ordem jurídica afetada pela decisão de inconstitucionalidade”. Seguindo a linha de raciocínio até aqui delineada, deve-se conferir ao art. 5º uma interpretação em conformidade com o **princípio responsabilidade**, tendo como parâmetro de aferição o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Conforme analisado, a lei viola o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) ao deixar de instituir um órgão central para análise, aprovação e autorização das pesquisas e terapia com células-tronco originadas do embrião humano. O art. 5º da Lei nº 11.105/2005 deve ser interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia aprovação e autorização por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde. Entendo, portanto, que essa interpretação com conteúdo aditivo pode atender ao princípio da proporcionalidade e, dessa forma, ao princípio responsabilidade. Assim, **julgo improcedente a ação, para declarar a constitucionalidade do art. 5º, seus incisos e parágrafos, da Lei nº 11.105/2005, desde que seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde** (STF, Pleno, ADIn 3510-DF, rel. Min. Carlos Britto, voto do Min. Gilmar Mendes, j. 28 e 29.5.2008, m.v., DJUE n. 101, div. 4.6.2008, publ. 5.6.2008).

Outro voto paradigmático consiste na decisão do STF que entendeu, pela constitucionalidade da fidelidade partidária e a admissibilidade da aplicação das resoluções do TSE 22610/07 e 22733/08, que disciplinam os procedimentos de justificação da desfiliação partidária e da perda do cargo eletivo. A decisão ficou ementada da seguinte forma:

ADIn. Resoluções do TSE 22610/07 e 22733/08. Disciplina dos procedimentos de justificação da desfiliação partidária e da perda do cargo eletivo. Fidelidade partidária. 1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra as Resoluções 22610/07 e 22733/08, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária. 2. Síntese das violações constitucionais argüidas. Alegada contrariedade do art. 2.º da Resolução à CF 121, que ao atribuir a competência para examinar os pedidos de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária ao TSE e aos Tribunais Regionais Eleitorais, teria contrariado a reserva de lei complementar para definição das competências de Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (CF 121). Suposta usurpação de competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (CF 22 I, 48 e 84 IV), em virtude de o art. 1.º da Resolução disciplinar de maneira inovadora a perda do cargo eletivo. Por estabelecer normas de caráter processual, como a forma da petição inicial e das provas (art. 3.º), o prazo para a resposta e as conseqüências da revelia (art. 3.º, *caput* e par. ún.), os requisitos e direitos da defesa (art. 5.º), o julgamento antecipado da lide (art. 6.º), a disciplina e o ônus da prova (art. 7.º, *caput* e par. ún., art. 8.º), a Resolução também teria violado a reserva prevista na CF 22 I, 48 e 84 IV. Ainda segundo os requerentes, o texto impugnado discrepa da orientação firmada pelo STF nos precedentes que inspiraram a Resolução, no que se refere à atribuição ao Ministério Público eleitoral e ao terceiro interessado para, ante a omissão do Partido Político, postular a perda do cargo eletivo (art. 1.º, § 2.º). Para eles, a criação de nova atribuição ao MP por resolução dissocia-se da necessária reserva de lei em sentido estrito (CF 128 § 5.º e 129 IX). Por outro lado, o suplente não estaria autorizado a postular, em nome próprio, a aplicação da sanção que assegura a fidelidade partidária, uma vez que o mandato "pertenceria" ao Partido.) Por fim, dizem os requerentes que o ato impugnado invadiu competência legislativa, violando o princípio da separação dos poderes (CF 2.º, 60 § 4.º III). 3. O STF, por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo ministro-relator. 4. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo. 5. As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar. 6. São constitucionais as Resoluções 22610/07 e 22733/08 do

TSE. ADIn conhecida, mas julgada improcedente (STF, Pleno, ADIn 3999, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 12.11.2008, m.v., DJUE n. 71, div. 16.4.2009, publ. 17.4.2009).

As duas decisões aditivas acima expostas são oriundas do controle objetivo de constitucionalidade, entretanto, as decisões aditivas podem ser oriundas do controle subjetivo de controle de constitucionalidade, nas decisões provenientes do julgamento do Mandado de Injunção conforme as seguintes:

“Mandado de injunção. Natureza. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5.º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. Mandado de Injunção. Decisão. Balizas. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. Aposentadoria. Trabalho em condições especiais. Prejuízo à saúde do servidor. Inexistência de Lei Complementar. CF 40 § 4.º. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91 (STF, Pleno, MI 721-DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 30.8.2007, v.u., DJU 30.11.2007, p. 1)”.

“Nesse contexto, é de se concluir que não se pode considerar simplesmente que a satisfação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis deva ficar submetida absoluta e exclusivamente a juízo de oportunidade e conveniência do Poder Legislativo. Estamos diante de uma situação jurídica que, desde a promulgação da carta Federal de 1988 (ou seja, há mais de 18 anos), remanesce sem qualquer alteração. Isto é, mesmo com as modificações implementadas pela Emenda n.º 19/1998 quanto à exigência de Lei ordinária específica, o direito de greve dos servidores públicos ainda não recebeu o tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais. Por essa razão, não estou a defender aqui a assunção do papel de legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal. Pelo contrário, ênfase tão somente que, tendo em

vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo (...) No mérito, acolho a pretensão tão-somente no sentido de que se aplique a Lei n.º 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos (...) Creio que essa complementação na parte dispositiva de meu voto é indispensável porque, na linha do raciocínio desenvolvido não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses serviços ou atividades essenciais seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos essenciais (...) Assim, sob pena de injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional nos âmbitos federal, estadual e municipal, é necessário que, na decisão deste MI, fixemos os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliativa, para a apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores com vínculo estatutário (...) Diante do exposto, voto no sentido de que o presente mandado de injunção seja conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das leis n.º 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis”(STF, voto do Min. Gilmar Mendes no MI 708).

O Poder Judiciário, no mandado de injunção, produz norma. Interpreta o direito, na sua totalidade, para produzir a norma de decisão aplicável à omissão. É inevitável, porém, no caso, seja essa norma tomada como texto normativo que se incorpora ao ordenamento jurídico, a ser interpretado/aplicado. Dá-se, aqui, algo semelhante ao que se há de passar com a súmula vinculante, que, editada, atuará como texto normativo a ser interpretado/aplicado. Ademais, não há que falar em agressão à "separação dos poderes", mesmo porque é a Constituição que institui o mandado de injunção e não existe uma assim chamada "separação dos poderes" provinda do direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal como nela definida. Nada mais. No Brasil vale, em matéria de independência e harmonia entre os poderes e de "separação dos poderes", o que está escrito na Constituição, não esta ou aquela doutrina em geral mal digerida por quem não leu Montesquieu no original. A este Tribunal incumbirá --- permito-me repetir --- se concedida a injunção, remover o obstáculo decorrente da omissão, definindo a norma adequada à regulação do caso concreto, norma enunciada como texto normativo, logo sujeito a

interpretação pelo seu aplicador (...)Estreitamente vinculado à própria essência do serviço público, o princípio da sua continuidade expressa exigência de funcionamento regular do serviço, sem qualquer interrupção além das previstas na regulamentação a ele aplicável. E assim é porque serviço público é atividade indispensável à consecução da coesão social e a sua noção há de ser construída sobre as idéias de coesão e de interdependência social. Basta neste passo, por todas, a observação de MAURICE HAURIOU: as condições fundamentais de existência do Estado exigem que os serviços públicos indispensáveis à vida da nação não sofram interrupção. Isto posto, a norma, na amplitude que a ela deve ser conferida no âmbito do presente mandado de injunção, compreende conjunto integrado pelos artigos 1o ao 9o, 14, 15 e 17 da Lei n. 7.783/89, com as alterações necessárias ao atendimento das peculiaridades da greve nos serviços públicos, que introduzo no art. 3o e seu parágrafo único, no art. 4o, no parágrafo único do art. 7o, no art. 9o e seu parágrafo único e no art. 14. Este, pois, é o conjunto normativo reclamado, no quanto diverso do texto dos preceitos mencionados da Lei n. 7.783/89 (...)Em face de tudo, conheço do presente mandado de injunção, para, reconhecendo a falta de norma regulamentadora do direito de greve no serviço público, remover o obstáculo criado por essa omissão e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII da Constituição do Brasil, nos termos do conjunto normativo enunciado neste voto (STF, voto do Min. Eros Grau no MI 712).

Conforme desenvolveremos no item seguinte, nos posicionamos favoráveis à utilização de decisões manipulativas, mais precisamente as aditivas integrativas, contanto que a atuação do Supremo seja realizada dentro de determinados limites. Em relação às sentenças aditivas expostas na ADIn 3999-7-DF (fidelidade partidária) e o voto de Gilmar Mendes na ADIn 3510-DF que decidia pela inconstitucionalidade da pesquisas com células tronco, percebemos que o STF extrapolou seu poder de atuação, mesmo na utilização de decisões manipulativas.

O STF poderá adicionar sentido normativo ou substituir determinado texto normativo reescrevendo-o quando não atue criando uma norma *ex nihil*, estas decisões devem ser dadas *a rime obligate*³⁸⁰, quando suas

³⁸⁰ José Manuel CARDOSO DA COSTA. A Justiça Constitucional no quadro das funções do Estado vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre e constitucionalidade das normas jurídicas, in: *Justiça Constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a*

soluções dependam da aplicação direta da Constituição e nelas o Tribunal não age com a liberdade de conformação do legislador. A utilização das decisões manipulativas é permitida quando sua utilização for constitucionalmente obrigatória³⁸¹.

Na decisão proferida pelo Min. Gilmar Mendes na ADIn 3510, o Ministro entendeu que a pesquisa com célula tronco além das exigências previstas no art. 5.º da L 11105/05 deveria ser submetida a aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde.

Em seu voto o Min. Gilmar Mendes, com fundamento nos princípios constitucionais da responsabilidade e da proporcionalidade (proibição de proteção deficiente), asseverou ser necessário adicionar um texto normativo ao art. 5.º da L 11105/05, a fim de corrigir sua inconstitucionalidade. A adição de sentido consistiria em submeter as pesquisas com células tronco a um Comitê de Ética vinculado ao Ministério da Saúde.

Tal hipótese não nos parece ser apta a permitir a utilização da decisão aditiva, não vislumbramos qualquer referência no texto constitucional que dispusesse determinada exigência, sem dizer que a regulamentação das pesquisas com células tronco poderia ser feita de diversas formas, e, por isso, submeter a pesquisa a um Comitê vinculado ao Ministério da Saúde não parece ser uma resposta constitucionalmente obrigatória. Assim, não consiste em opção a ser realizada pelo STF.

De maneira contrária, a decisão oriunda do mandado de injunção 708 cuja relatoria foi do próprio Gilmar Mendes, é plenamente cabível, tendo em vista o fato de ser constitucionalmente obrigatória, não havia nesse caso qualquer liberdade de conformação legislativa a seu aspecto. Nesse sentido, o Min. Gilmar Mendes decidiu: “evidentemente, não se outorga ao legislador qualquer poder

constitucionalidade de normas, Lisboa, 1987, p. 63. Destacando o caráter de *a rime obbligate v.* Marco ANGELONE. Sentenze additive della Corte costituzionale e interpretazione adeguatrice, p. 582.

³⁸¹ Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 504.

discricionário quanto à edição ou não da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderá adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderá deixar de reconhecer o direito previamente definido na Constituição³⁸²”.

De igual modo, o MI 721 exigia uma sentença aditiva; afinal, não seria admissível privar os servidores constantes na CF 40 § 4.º I, II e III para concessão de devida aposentadoria em razão de ausência de Lei Complementar que discipline especificamente a aposentadoria especial desses servidores. Ora, se a própria Constituição estabelece tratamento específico a esses servidores, obviamente que a ausência da respectiva Lei Complementar não pode inviabilizar a tutela do direitos desses servidores, ensejando assim uma sentença aditiva do STF para garantir a tutela desses direitos.

A decisão aditiva proferida na ADIn 3999 apresenta-se mais problemática, tendo em vista que constitui uma sentença na qual o STF invade a competência legislativa no Congresso. A usurpação não ocorre pela razão de o STF declarar a fidelidade partidária como um valor constitucionalmente abrangido.

A invasão da esfera do Poder Legislativo ocorre quando o STF determina que o descumprimento da fidelidade partidária acarreta a perda do mandato, ainda que essa punição não esteja prevista expressamente em lei algum. Também excedeu suas funções quando STF declarou a aplicabilidade das Resoluções 22610/07 e 22733/08 do TSE que disciplinam o procedimento de justificação da desfiliação partidária e da perda do cargo eletivo.

Desse modo, o STF na decisão da ADIn 3999 não obstante as nobre orientações que conduziram a votação, acabou por legislar na medida em que estabeleceu uma punição não prevista na Constituição bem como disciplinou o processo pelo qual passaria o parlamentar para se defender ou justificar sua desfiliação partidária.

³⁸² Voto do Min. Gilmar Mendes no MI 708.

Assim, corroboramos o voto discordante de Eros Grau para quem “essa resolução é multiplamente inconstitucional: o artigo 1.º afronta os artigos 22, I e XLVIII, da Constituição; o artigo 2.º dispõe sobre matéria reservada à lei complementar; os artigos 3.º ao 9.º e 11 inovam em Direito Processual e o § 2.º do artigo 1.º inova atribuições ao Ministério Público³⁸³”.

Na decisão da ADIn 3999, é manifesta a atuação legislativa do STF, nesse caso, não se trata de rechaçar a fidelidade partidária como valor constitucional, valor este que inclusive defendemos. E sim, não coadunamos com a possibilidade do STF fixar determinada penalidade por meio de sentença bem como regulamentar todo seu processo - matéria que deve ser regulamentada por lei conforme dispõe a CF 22 I. Além de invadir esfera de iniciativa legislativa, na questão da fidelidade partidária o Supremo legislou, uma vez que não era possível aplicar uma decisão manipulativa a partir de um parâmetro constitucionalmente obrigatório.

A regulamentação e a fixação da perda do mandato, em razão de infidelidade partidária, precisa sofrer regulamentação legal, não pode o Supremo arrogar para si esta competência.

³⁸³ Voto do Min. Eros Grau na ADIn 3999. Em nota merece destaque o seguinte trecho do voto: “O Tribunal Superior Eleitoral não está autorizado, nem pela Constituição, nem por lei nenhuma, a inovar o ordenamento jurídico, obrigando quem quer que seja a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Estivesse autorizado por alguma lei a dispor sobre matéria excluída da reserva da lei, então poderíamos argumentar a partir da afirmação de que estaria a produzir texto normativo análogo aos regulamentos autorizados – o que a doutrina enganosamente, chama de *regulamentos delegados*, ignara de que o Poder Legislativo detém o monopólio apenas do exercício da função legislativa, não de toda a função normativa. O fato, de toda sorte, é que o TSE não foi contemplado com o poder de expedir normas primárias sobre matéria eleitoral. E nem poderia essa faculdade a ele ter sido conferida pelo Supremo Tribunal Federal que, ao menos ao que me consta, ainda não distribui competências normativas, em lugar da Constituição... Estamos aqui para assegurar a prevalência da Constituição, de modo que causa espanto e medo o sentimento que de quando em quando não há de ser assim. Pode, é certo, o Tribunal Superior Eleitoral, exercer função normativa, mas exclusivamente tendo em vista, e nesses limites, a execução das leis. Ainda que assim não fosse – admitido tão-somente para fins de argumentação que tivesse sido ele contemplado com o poder de inovar o ordenamento jurídico impondo obrigação de fazer ou de não fazer – ainda assim não poderia ter disposto sobre as matérias que disciplinou na Resolução n. 22610/07. Essa resolução é multiplamente inconstitucional. No seu todo, porque não incumbe ao TSE dispor normas senão tendo em vista a execução do Código Eleitoral e da legislação eleitoral, que nada dispuseram no que tange a perda de cargo eletivo em razão de infidelidade partidária. A inconstitucionalidade da Resolução n. 22610/07 é, neste ponto retumbante. Mas não é só, visto que ela avança sobre áreas normativas expressamente atribuídas, pela Constituição, à lei. Áreas de chamada *reserva da lei*”.

A sentença aditiva proferida na ADIn 3999 não se limita a suprir lacuna legislativa com a finalidade de garantir a aplicação da Constituição. Isto é, a Constituição não trata da questão, a fidelidade partidária advém de uma interpretação que o STF conferiu à Constituição, ainda que constitua um valor constitucional identificável, não permite sua regulamentação e fixação de penalidade por meio de decisão judicial.

Essa impossibilidade evidencia-se inclusive em razão da abrangência da matéria que o reconhecimento da fidelidade partidária impõe algo que necessariamente demanda promulgação legislativa. Isso é demonstrado pela repercussão gerada pela decisão do Supremo, quando determinado político, *e.g.*, um governador - tem seu mandato cassado em razão da infidelidade partidária - outra lacuna estabelece-se, qual seja, quem deve ocupar sua vaga o segundo mais votado ou novas eleições devem ser convocadas.

Essa incerteza por si só evidencia como essa matéria deveria ser objeto de minuciosa regulamentação legislativa, tendo em vista a impossibilidade de o Supremo normatizar todos os aspectos do descumprimento da fidelidade partidária, uma vez que acaba por atingir a esfera de atuação do legislativo seja fixando penalidade bem como estabelecendo procedimentos duas questões que estão contidas em área denominada *reserva da lei*, tal como se apreende da CF 5.º II e CF 22 I.

No item seguinte, abordaremos a polêmica e os limites referentes à utilização das decisões manipulativas, estabelecendo quais são os parâmetros que consideramos viável a utilização dessas decisões. Deve-se salientar, no entanto, que dificilmente se pode, previamente, fixar quais os limites de atuação do STF nas decisões manipulativas. Diante de uma violação do princípio da igualdade, conforme o exemplo que demos, é fácil demonstrar a aplicabilidade das decisões manipulativas, nas hipóteses que caracterizam o cabimento do MI também evidenciam a adequação dessa espécie de decisão, afinal, em regra, a Constituição irá estabelecer a necessidade de determinada lei para se conferir a concretização de determinado direito.

Em relação aos demais casos, somente diante da individualidade de cada caso, poderemos saber se o legislador, perante aquela situação, também estaria obrigado a determinada solução em concreto. Em caso afirmativo, a decisão manipulativa é possível; em caso negativo, quando o Legislador possui ampla liberdade de conformação em relação à solução concreta, ou possa escolher uma dentre diversas soluções, todas idôneas à realização de certo fim estabelecido pela Constituição, não cabe ao STF substituir o Legislativo, fazendo ele próprio a escolha legislativa³⁸⁴, tal como, por exemplo, propôs o Min. Gilmar Mendes em submeter a fiscalização das pesquisas com células tronco a um Comitê vinculado ao Ministério da Saúde, afinal diversas outras possibilidades e Órgãos públicos existem ou podem ser criados para se fiscalizar as pesquisas com células tronco. A decisão proferida pelo Ministro Gilmar não se apresenta como a única obrigatória e admissível para a regulamentação daquele caso concreto.

3.4.4 Balanço crítico a respeito da possibilidade de utilização das sentenças manipulativas na Jurisdição Constitucional Brasileira.

Consoante manifestamos, as decisões manipulativas (aditivas e substitutivas), constituem uma realidade do desenvolvimento da Jurisdição Constitucional. Assim sendo, atualmente, muito mais importante do que se discutir a possibilidade ou não da existência dessas modalidades de decisão de inconstitucionalidade, é importante precisar seus limites e efeitos.

Rui Medeiros critica a utilização indiscriminada das decisões manipulativas pelo Judiciário, tal como se este fosse um Legislador, isto porque essas decisões “permitem através de diversos artifícios substituir a vontade do legislador por uma outra vontade, são suspeitas e perigosas e, embora não sejam

³⁸⁴ Propondo essa solução v. Vitalino CANAS. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, pp. 45/46.

sempre inconstitucionais, devem pelo menos ser limitadas na medida do possível³⁸⁵”.

O constitucionalista português admite as sentenças manipulativas quando não exista uma pluralidade de soluções alternativas, e que, portanto, a solução adotada é pelo Tribunal Constitucional apresenta-se constitucionalmente, necessária. Essa situação configura-se quando a alteração da lei operada pelo Tribunal Constitucional incorpora uma única solução constitucionalmente obrigatória. Assim, nessas hipóteses, o Judiciário não pratica uma função criativa *ex nihilo*³⁸⁶.

No mesmo sentido, Eguiguren Praeli entende que as sentenças aditivas não deveriam ser utilizadas quando são várias as alternativas normativas viáveis aptas a colmatar a lacuna legislativa real. Isso ocorre porque se fosse possível ao Judiciário escolher discricionariamente a eleição de uma das possibilidades de preencher a lacuna legislativa ele estaria incorrendo na função do Órgão Legislativo³⁸⁷.

Vitalino Canas, por sua vez, manifesta-se favorável à utilização das sentenças aditivas e manipulativas, até porque se essas sentenças não fossem lícitas, o mais natural seria o Tribunal Constitucional coibir-se de declarar a inconstitucionalidade, solução obviamente pior, porque apesar do Tribunal Constitucional pensar que a norma é inconstitucional ou ilegal deixaria de constituir um indicador ou aviso ao legislador de que deve alterar o mais brevemente a norma, em situações que o próprio Legislador tem dúvidas ou não atentou à contradição³⁸⁸.

³⁸⁵ Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 511.

³⁸⁶ Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 511.

³⁸⁷ Francisco José EGUIGUREN PRAELI. Las sentencias interpretativas o “manipulativas” y su utilización por El Tribunal Constitucional Peruano, p. 330.

³⁸⁸ Vitalino CANAS. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, p. 50.

Em que pesem as diversas polêmicas existentes em torno do tema, reiteramos nosso posicionamento pelo irrefreável desenvolvimento das decisões manipulativas na Justiça Constitucional.

As sentenças aditivas e substitutivas constituem a manifestação jurídico-constitucional do novo paradigma hermenêutico que deve fundamentar a interpretação e aplicação do direito (Cap. 1). Elas representam a interpretação não literal da legislação.

A existência dessas sentenças evidencia a necessidade de se distinguir texto normativo e norma jurídica. Tais sentenças permitem uma decisão do Judiciário sobre o texto normativo (dispositivo legal), não apenas reinterpretando-o, mas também indicando novas interpretações (normas desse texto) tal como permitem as sentenças interpretativas.

As decisões manipulativas expandem a ação do Judiciário que passa a poder não apenas decidir sobre o texto normativo, mas, inclusive, reescrevê-lo com fundamento nos princípios constitucionais que o texto originário violava. Essa modalidade de decisão é conhecida pelo direito austríaco, sendo denominada por Peter Oberndorfer de “decisão complemento da lei” (*Gesetzesergänzende Entscheidung*). Nessas decisões, o Tribunal Federal Suíço, em casos isolados, deduz a partir do texto constitucional normas que complementam uma lei ordinária de modo a torná-la constitucional. Este complemento da lei é decisivo para a conformidade dessas leis à Constituição, caracterizando atuação de legislador positivo³⁸⁹.

Justamente sobre essa possibilidade de “reescrever” o texto legal por meio do dispositivo das sentenças manipulativas que dedicaremos esse tópico da pesquisa. Não será objeto de nosso estudo a viabilidade ou não de existirem esses provimentos, uma vez que, consideramos sua inserção como algo irrefreável do constitucionalismo contemporâneo.

³⁸⁹ Peter OBERNDORF. A justiça constitucional no quadro das funções do Estado, pp. 160/161.

Desse modo, trataremos de esboçar alguns limites para a atuação do Judiciário nesse tipo de decisão, até porque, conforme destacamos no tópico anterior apenas investigando as particularidades de cada caso concreto, é possível afirmar se a decisão manipulativa apresenta viabilidade ou não.

A primeira questão consiste em estabelecer que a admissibilidade de decisões aditivas e substitutivas não autoriza equiparar o STF a Legislador positivo. O constitucionalista José Manuel Cardoso da Costa ensina que essas decisões não podem ser verdadeiramente criadoras de direito novo, no mesmo plano das funções legislativas, mas devem limitar-se a individualizar a norma já aplicada no sistema, são decisões *a rime obbligate* e não decisões em que o Tribunal possua uma liberdade de conformação idêntica ao Legislador³⁹⁰.

O primeiro ponto a ser destacado na admissibilidade das decisões manipulativas diz respeito a impossibilidade do Judiciário criar normas *ex nihilo*, sua utilização apenas será permitida quando a solução adotada seja constitucionalmente obrigatória³⁹¹.

Na realidade, a Corte Constitucional ao proferir as decisões manipulativas não pode agir com discricionariedade. Mediante essas sentenças, o Judiciário converte a *norma negativa em positiva*, solucionando a situação de acordo com o que estabelece o texto constitucional, não possuindo liberdade de atuar com discricionariedade³⁹².

A utilização das decisões manipulativas e aditivas tem como limite o objeto cuja adição ou substituição busca corrigir. Este objeto deve restringir-se à tutela de direitos fundamentais ou à preservação de algum princípio constitucional que o texto normativo sem substituição ou adição é violado.

³⁹⁰ José Manuel CARDOSO DA COSTA. A Justiça Constitucional no quadro das funções do Estado vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre e constitucionalidade das normas jurídicas, p. 63. Destacando o caráter de *a rime obbligate* v. Marco ANGELONE. Sentenze additive della Corte costituzionale e interpretazione adeguatrice, p. 582.

³⁹¹ Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 504. No mesmo sentido voto do Min. Gilmar Mendes no MI 708.

³⁹² Francisco José EGUIGUREN PRAELI. Las sentencias interpretativas o “manipulativas” y su utilización por El Tribunal Constitucional Peruano, p. 331.

Mister frisar que a simples possibilidade de o Judiciário proferir decisões manipulativas não implica necessariamente que assim poderá agir com discricionariedade³⁹³. Até porque as decisões manipulativas são admissíveis justamente onde entendemos que não existe discricionariedade para o legislador que consiste, principalmente, na tutela de direitos fundamentais³⁹⁴.

O Legislativo não possui discricionariedade em elaborar leis para garantir efetividade aos direitos fundamentais, tanto é que a Constituição no seu art. 5.º LXXI permitiu a utilização do mandado de injunção sempre que não houver legislação suficiente para garantir a concretização de determinado direito. Os direitos fundamentais tem aplicação imediata (CF 5.º § 2.º), conseqüentemente, a Constituição pode ser aplicada diretamente pelo Judiciário ainda que não tenha uma *interpositio legislatoris*³⁹⁵.

Impende destacar que essa não discricionariedade do Legislador na regulamentação dos direitos fundamentais não constitui tese nova. Otto Bachof criticava o esvaziamento dos direitos fundamentais ressaltando a vinculação do Legislador a esses direitos e aos princípios constitucionais principalmente ao da igualdade³⁹⁶.

³⁹³ A discricionariedade judicial ainda é uma questão muito pouco sistematizada na doutrina nacional. Cumpre ainda destacar a necessidade de não se admitir a utilização da discricionariedade nas decisões judiciais. Sobre esse tema conferir a obra de Lenio Luis STRECK. *Verdade e Consenso*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 159/172.

³⁹⁴ Acerca do efeito vinculante dos direitos fundamentais e a ausência de arbitrariedade na atuação do Legislativo cf. Patricia RODRÍGUEZ-PATRÓN. *La Autonomía Procesal del Tribunal Constitucional*, p. 155.

³⁹⁵ Sobre a aplicação direta da Constituição pelos juristas merece destaque a seguinte passagem de Lenio STRECK: "Ao meu sentir, antes de discutir as condições processuais-procedimentais para a concessão de *habeas corpus* em caso de violação de direitos fundamentais, ou o fornecimento (ou não) de remédios para doentes crônicos, e antes de discutir a necessidade de se fazer um debate público (com a presença de todos os requisitos para a formação de uma livre comunicação buscando o consenso) acerca da viabilidade da intervenção da jurisdição constitucional para corrigir equívocos, v.g., em legislação penal que extrapola os fins e meios exigidos pelas regras e princípios constitucionais, talvez fosse conveniente que se fizesse um exame acerca do papel da Constituição, se ela tem, de fato, como apregoam os juristas de *terrae brasilis*, força normativa e sobre o perigo que representa o não cumprimento de um direito fundamental como o da saúde, para citar apenas este. E, mais ainda, talvez fosse o caso de se discutir qual o efetivo alcance da dicção do art. 196 da Constituição do Brasil". *Verdade e Consenso*, p. 152.

³⁹⁶ V. Otto BACHOF. *Jueces y Constitución*, Madrid: Editorial Civitas, 1959, p. 40.

Diante de um texto legal inconstitucional, que pode ser corrigido por meio de uma decisão manipulativa a fim de preservar direitos fundamentais, o Judiciário, no caso brasileiro, o STF deve manifestar-se, isso ocorre porque a Constituição pode ser aplicada diretamente, de modo que a nova norma adicionada ou substituída possa ser estendida aos desprotegidos³⁹⁷.

Esta posição encontra fundamento na doutrina de Albrecht Pohle que acredita ser possível a aplicação da norma mais favorável advinda diretamente da Constituição como parâmetro normativo utilizável no período transitório até que o Legislador dite uma nova lei³⁹⁸. A atuação prospectiva da jurisdição constitucional na implementação de direitos fundamentais, mesmo diante de omissão ou insuficiência legislativa, também pode ser fundamentada em Wolfgang Zeidler, que atribui aos direitos fundamentais não apenas o significado de direitos individuais de defesa contra o Estado, porque esses direitos constituem parâmetros (princípios) objetivos que fundamentam e garantem pretensões subjectivas à concessão de prestações estatais, produzindo, inclusive, efeitos no tocante à organização e ao desenvolvimento do processo da tomada de decisões estaduais³⁹⁹.

Sempre que a decisão manipulativa não implicar em decisão discricionária, porque, constitucionalmente vinculante, o Tribunal Constitucional pode substituir o Legislativo e ditar a disciplina constitucionalmente compatível em substituição à vigente, considerada inconstitucional de maneira transitória que contenha um mínimo constitucionalmente necessário para discipliná-las⁴⁰⁰. Logo, se é verdadeiro que não é permitido ao Tribunal Constitucional criar Direito, enquanto atividade que suplante a função legislativa, também não lhe é facultado realizar um simples controle de constitucionalidade mas não de correção quando for possível.

³⁹⁷ Carmen BLASCO SOTO. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, p. 293.

³⁹⁸ Cf. Albrecht POHLE. *Die Verfassungswidrigerklärung Von Gesetzen: eine Untersuchung der Voraussetzungen und Folgen des Verzichts auf die gesetzestechnisch mögliche Nichtigklärung durch das Bundesverfassungsgericht*, Frankfurt: Peter Lang, 1979, p. 129.

³⁹⁹ Wolfgang ZEIDLER. A justiça constitucional no quadro das funções do Estado, p. 56.

⁴⁰⁰ Carmen BLASCO SOTO. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, pp. 295/296.

Com as sentenças manipulativas o Tribunal Constitucional pratica uma hiperatividade normativa que não é alheia ao seu papel. Ainda que existam diversas polêmicas sobre os limites e possibilidades das decisões interpretativas, o Tribunal Constitucional está obrigado, sempre que possível, principalmente quando esteja implicado um direito fundamental, a realizar uma interpretação corretiva e substitutiva do texto legal⁴⁰¹.

Essa obrigatoriedade é ainda mais evidente em nosso ordenamento, haja vista que nossa CF 5.º LXXI estabeleceu o mandado de injunção que permite ao Judiciário proferir a normatividade necessária para se exercer um direito fundamental-social, constitucionalmente previsto.

Admitir a utilização das sentenças aditivas e substitutivas pelo STF faz-se necessário, tendo em vista que, do contrário, ter-se-ia que admitir que o Supremo deveria, diante de uma situação de inconstitucionalidade, apenas declarar a inconstitucionalidade mas não proceder sua correção, ocasionando inclusive uma situação mais gravosa do que aquela gerada pelo texto normativo inconstitucional.

Essa situação é mais gravosa porque permite a manifestação de uma situação excepcional, perante a qual os direitos fundamentais são suspensos em decorrência da declaração de inconstitucionalidade do texto normativo. No instante em que o texto normativo é anulado os direitos fundamentais que ele tutelava, ainda que parcialmente, ficam com sua aplicação suspensa. Ou seja, estão garantidos constitucionalmente, mas, diante de uma decisão do STF que apenas declarou a inconstitucionalidade da lei que os regulamentava sem adicionar texto normativo ficam sem regulamentação alguma, por consequência, não podem ser aplicados criando uma situação característica do Estado de Exceção de Agamben⁴⁰², qual seja uma zona de anomia no qual determinada norma é suspensa mas continua em vigor.

⁴⁰¹ Carmen BLASCO SOTO. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, p. 306.

⁴⁰² Sobre o tema ver Giorgio AGAMBEN. *Estado de Exceção*, São Paulo: Boitempo, 2004, p. 15; p. 19 e p. 39.

A suspensão de direitos fundamentais era admitida na República de Weimar por meio dos decretos emergenciais (*Notverordnungen*). À época, Carl Schmitt, embasado na distinção entre Constituição (*Verfassung*) e leis constitucionais (*Konstitutionen*), postulava a possibilidade do Presidente do Reich utilizar os decretos emergenciais para suspender direitos fundamentais⁴⁰³.

A Constituição de 1988 não permite a suspensão de qualquer direito fundamental, nem mesmo diante da declaração de Estado de Sítio⁴⁰⁴, com maior razão não se pode admitir a suspensão dos direitos fundamentais em decorrência de lacuna legislativa ocasionada por decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF quando este pode corrigir a lacuna legislativa mediante a elaboração de decisões manipulativas.

O cenário acima descrito evidencia nossa posição consistente na necessidade de utilização das decisões manipulativas inclusive para impedir o surgimento de situações de exceção (anomia) que suspendam direitos fundamentais em flagrante desrespeito ao que estabelece a CF 5.º § 2.º. Não se trata, em nenhuma hipótese, de equiparar o STF ao Legislador *strictu sensu*. Ademais, as sentenças manipulativas não são características de regimes autoritários, muito pelo contrário, e seu surgimento na Itália permitiu inclusive para a remoção progressiva dos resíduos da legislação fascista e, em seguida, a constante adequação do ordenamento ao panorama constitucional⁴⁰⁵.

As vantagens das decisões manipulativas para a concretização da Constituição são maiores do que o risco de descaracterização do Estado Democrático de Direito, em razão de uma possível violação do princípio da divisão de poderes.

⁴⁰³ Carl SCHMITT. *Teoría de la Constitución*, p. 50; Criticando a utilização dos decretos emergenciais ver Friedrich MÜLLER. Medidas Provisórias no Brasil e a experiência alemã, in: *Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, Eros Roberto Grau, Willis Santiago Guerra Filho (org.). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 339 *et seq.*

⁴⁰⁴ Sobre os limites do Estado de sítio v. Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria A. NERY. *Constituição Federal comentada*, p. 600.

⁴⁰⁵ Marco ANGELONE. Sentenze additive della Corte costituzionale e interpretazione adeguatrice, p.563.

Otto Bachof já atentava para o futuro recrudescimento que teria a jurisdição constitucional e afirmava que o princípio da separação de poderes constitui o argumento de menor peso a ser oposto à crescente atuação do Judiciário no controle de constitucionalidade dos atos normativos. Para o constitucionalista tedesco, o sentido da divisão de poderes é impedir a concentração de poder e, conseqüentemente, seu abuso. O sentido da divisão de poderes depende das condições sociais e políticas concretas de uma época e de um povo. No Estado contemporâneo, a total sujeição do cidadão ao Estado, faz com que o aparato estatal correlativamente tenha que ser totalmente controlado⁴⁰⁶.

O aumento da atuação do Judiciário no controle de constitucionalidade das leis, inclusive atuando prospectivamente por intermédio das decisões manipulativas, não autoriza a afirmação de que o Supremo transformar-se-ia no Soberano da República. Afinal, não se pode designar como soberano o órgão que não pode atuar senão repressivamente, que principalmente carece de toda iniciativa própria para configurar-se politicamente, que somente pode atuar a partir da petição de outro órgão estatal ou do próprio cidadão lesionada, e, por fim, que apenas podem examinar os assuntos que lhe são submetidos por iniciativa de outrem⁴⁰⁷.

Entendemos que o STF, principalmente em razão da necessidade de se resguardar direitos fundamentais, deve proferir as sentenças aditivas ou substitutivas para proteger e concretizar esses direitos. Neste caso, estaria aplicando diretamente o texto constitucional a fim de solucionar a lacuna legislativa que sua decisão de inconstitucionalidade provocou.

Ao realizar tal atividade, conforme ensina Carmen Blasco Soto, o Supremo não estará invadindo a esfera de atuação do Legislador, pelo contraio estará atuando dentro da sua atividade funcional, posto que o STF figura como órgão máximo de garantia, devendo complementar o processo de atuação dos

⁴⁰⁶ Otto BACHOF. *Jueces y Constitución*, p. 58.

⁴⁰⁷ Otto BACHOF. *Jueces y Constitución*, p. 59.

princípios constitucionais para que a Constituição alcance de modo total o caráter normativo que lhe outorgue efetividade. No que diz respeito aos direitos fundamentais, *a Constituição não é somente fronteira para eliminar normas inconstitucionais, é sobretudo norma positiva, dirigente e transformadora do ordenamento*⁴⁰⁸.

Objeção que merece enfrentamento em relação às sentenças aditivas consiste no possível desequilíbrio financeiro e orçamentário que esse tipo de decisão pode provocar⁴⁰⁹.

Se determinada lei previa um benefício para um grupo restrito de pessoas, caso ocorra uma decisão aditiva que estenda esse benefício a diversos outros grupos a fim de concretizar o princípio da isonomia, obviamente que essa decisão pode acarretar uma importante consequência financeira no orçamento público.

Entretanto, nosso ordenamento possui recursos para se evitar esse risco. Se o STF entender que ao proferir determinada sentença aditiva causará graves danos econômicos e financeiros, poderá o Supremo utilizar o art. 27 da LADIn modulando os efeitos dessa decisão *pro futuro*, instituindo prazo razoável para que o Governo consiga adaptar e reequilibrar as questões orçamentárias provenientes da respectiva decisão do STF.

O que não se pode permitir é que em razão de possível desequilíbrio orçamental a situação de inconstitucionalidade seja mantida. Assim, deve o Judiciário proferir a decisão aditiva ou substitutiva para promover a correção legislativa, se for o caso promovendo a respectiva modulação de efeitos *pro futuro* para que o Governo tenha tempo hábil a reestruturar o equilíbrio orçamentário.

Em conformidade com o que sustentamos, as decisões manipulativas podem ser utilizadas em nosso ordenamento. No último capítulo da

⁴⁰⁸ Carmen BLASCO SOTO. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, p. 334.

⁴⁰⁹ Essa questão é aventada por BLANCO DE MORAIS. *Justiça Constitucional*, t. II, p. 428.

pesquisa realizaremos uma conclusão acerca da legitimidade do Judiciário em criar normas em sede de Jurisdição Constitucional.

No que diz respeito à legitimidade das decisões manipulativas, uma questão pode ser desenvolvida, consistente em ampliar a legitimidade procedimental dos processos de controle abstrato de constitucionalidade que culminarão em sentenças manipulativas.

A polêmica em torno das decisões manipulativas implica principalmente em possível usurpação de poderes do Legislativo, esta é uma questão reiteradamente invocada para impedir a utilização das sentenças aditivas e substitutivas pelas Cortes Constitucionais.

Tal como expusemos, a inserção das decisões manipulativas em nosso ordenamento constitui uma situação irrefreável. A utilização dessas sentenças é imprescindível para se concretizar direitos fundamentais. Ocorre que é possível aumentar a legitimidade dessas decisões mediante uma atuação próxima ao Legislativo.

Uma importante medida processual que aumentaria a legitimidade dessas decisões consiste, em o STF se no julgamento de uma ADIn, visualizar possibilidade de proferir decisão manipulativa, nos termos da LADIn 7.º § 2.º deve o STF convocar o Legislativo – Congresso Nacional - a atuar como *Amicus curiae* nesse processo.

Em que pese o processo de controle de constitucionalidade em sede abstrata possuir natureza objetiva, sempre que o relator do processo entender necessário poderá convocar a manifestação no processo de órgãos ou entidades.

A manifestação do Congresso Nacional (Legislativo) na forma de *Amicus curiae* confere maior legitimidade às decisões manipulativas do Judiciário. Isso ocorre porque o Legislativo ao se manifestar no processo pode reconhecer possível equívoco no texto legal e assim concordar com o texto que será aditado

ou acrescentado em substituição. Obviamente, que o STF julgará a ADIn de maneira independente não estando vinculado ao parecer apresentado pelo STF.

A admissão do Congresso em processos que podem culminar em sentença manipulativa apenas recrudescer a legitimidade da atuação da Justiça Constitucional nesses processos. Esse ingresso do Legislativo na qualidade de *Amicus curiae* permite um maior debate sobre a incorreção da Lei e sua correção pelo Judiciário. Essa é uma solução processual apta a conferir maior legitimidade às decisões manipulativas.

Por fim, é mister salientar que as decisões manipulativas não podem ter o mesmo efeito vinculante da decisão de inconstitucionalidade, os mesmos fundamentos que impedem a concessão de efeito vinculante às decisões que aplicam a interpretação conforme, incidem em relação às decisões manipulativas. Nesse diapasão, Rui Medeiros afirma que a “parte aditiva da sentença vale, portanto, como proposta hermenêutica com valor apenas persuasivo, não havendo fundamento constitucional para admitir uma posição aristocrática do Tribunal Constitucional nesta matéria⁴¹⁰”.

3.4.5 A decisão de inconstitucionalidade com pronúncia de normatividade (Mandado de Injunção).

A decisão de inconstitucionalidade com pronúncia de nulidade consiste em categoria que sistematizamos de maneira individualizada. Refere-se às decisões de procedência do mandado de injunção.

Tal sentença possui os principais traços que caracterizam as decisões manipulativas, contudo, em razão do ineditismo que a ação de mandado de injunção possui no cenário constitucional mundial, entendemos, pela necessidade de sistematizarmos uma decisão que contenha características, que a individualizam em relação às aditivas e substitutivas.

⁴¹⁰ Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 479.

As decisões que declaram a inconstitucionalidade e pronunciam a normatividade diferenciam-se das sentenças aditivas e substitutivas porque nestas existe um texto legal ao qual será adicionado/substituído o texto proferido pelo STF. Nas decisões que dão provimento ao MI não existe texto normativo, até porque se este existisse o MI perderia seu objeto.

Assim, ao ser julgado procedente o *mandamus*, o STF declara a situação de inconstitucionalidade em razão de omissão legislativa e profere o *modus faciendi* para efetivar-se determinado direito. Ou seja, o STF diante a omissão legislativa declara a normatividade necessária para que seja exercido determinado direito. Essas são as decisões que o STF mais se aproxima da atuação legislativa, razão pela qual o MI deve ter seus limites definidos para que em seu julgamento o STF não se equipare ao Legislador.

O MI 708 marca interessante guinada no posicionamento do STF em relação ao mandado de injunção. Anteriormente (v. MI 107), o Pretório Excelso entendia que sua função se esgotava simplesmente em declarar a omissão do legislativo, e não podia avançar suprimindo essa lacuna legislativa, proferindo sentença aditiva.

Assim, tendo em vista que o legislador não poderia escolher se concedia ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina, reconheceu-se a necessidade para o presente caso de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional. Ao final, concluiu-se que, sob pena de injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional nos âmbitos federal, estadual e municipal, seria fundamental que na decisão do *writ*, fossem fixados, também, os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliada, para apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores com vínculo estatutário. Decidiu-se que as sentenças aditivas ou modificativas são, geralmente, aceitas nos termos que defendemos na pesquisa, quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora solução constitucionalmente obrigatória. Ou seja, o Legislativo não teria a faculdade de

escolher se concedia ou não o direito de greve, podendo tão somente dispor sobre adequada configuração de sua disciplina, assim restava reconhecida do ponto de vista constitucional essa solução como obrigatória⁴¹¹.

No MI 712 da relatoria do Min. Eros Grau também foi proferida sentença aditiva para conferir direito de greve aos Servidores Públicos, tal como no MI 708, ficaram vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelos respectivos sindicatos e estabeleciam condições específicas pra o exercício das paralisações.

Antes de fundamentarmos nosso posicionamento acerca de qual a amplitude correta do Mandado de Injunção, demonstraremos nossa concordância, de maneira geral, com o novo posicionamento do STF sobre o MI atribuindo de fato efeitos concretos à decisão proveniente desse instituto.

Essas decisões são louváveis na medida em que nelas o Supremo corretamente aplicou a lição de Canotilho⁴¹², conferindo ao mandado de injunção o status de direito constitucional autônomo e não mera garantia processual, devendo, assim possuir aplicação imediata.

De acordo com a melhor doutrina, o mandado de injunção se presta a fazer com que na prática o direito possa ser exercido pelo particular. O STF, mediante o mandado de injunção determina o *modus faciendi* para que o impetrante não fique privado de seu direito constitucionalmente garantido tendo em vista a lacuna legislativa⁴¹³.

No MI 707 e 712 o STF acolheu a pretensão dos impetrantes declarando a inconstitucionalidade e proferindo a normatividade (*modus faciendi*)

⁴¹¹ Maiores detalhes da decisão v. Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria A. NERY. *Constituição Federal comentada*, pp. 241/242.

⁴¹² J.J. Gomes CANOTILHO. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos – o direito à emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas, in: Sálvio de Figueiredo Teixeira (org.). *As garantias do cidadão na justiça*, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 364.

⁴¹³ Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria A. NERY. *Constituição Federal comentada*, p. 196.

necessária para o exercício do direito, constitucionalmente garantido, mas cujo exercício está impossibilitado em razão de ausência de regulamentação legal.

Assim, nos posicionamos favoráveis a essa nova posição do Supremo Tribunal Federal sobre o mandado de injunção, pois, esta permitiu que fosse efetivado o direito no caso concreto e ainda estabeleceu os parâmetros em que se deve exercer a greve no serviço público enquanto não se legisla a respeito. Em razão da CF 5.º § 2.º, podemos asseverar, quanto à concretização dos direitos e liberdades no que diz respeito à sua aplicabilidade, que “esta se traduz num ‘dever’, no que concerne aos órgãos de aplicação, independentemente da necessidade de uma *interpositio legislatoris*. Tal vinculatividade imediata dos direitos, liberdades e garantias representa a negação do ‘princípio programático’ na interpretação e concretização desses direitos no seu conjunto⁴¹⁴”.

A obtenção de provimentos judiciais concretos, por meio do mandado de injunção, advém da própria essência do Estado Democrático de Direito, uma vez que a este cabe efetivar, proporcionar plena justiciabilidade aos direitos fundamentais que passam a ser *compreendidos e inteligidos como elementos definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica positiva*⁴¹⁵.

Atribuir efeitos meramente declaratórios ao mandado de injunção, como era cediço nas decisões do STF (*e.g.*, MI 107) - até as decisões inovadoras do MI 708 e 712, e por conseqüência, não proporcionar a tutela jurisdicional independentemente da necessidade de uma *interpositio legislatoris*, seria algo teratológico do ponto de vista moral e científico, pois esta possibilidade é sobremaneira explícita em nosso texto constitucional, em razão da presença do mandado de injunção.

⁴¹⁴ Cristina QUEIROZ. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade, in: Virgílio Afonso da Silva (org.). *Interpretação constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 196.

⁴¹⁵ Cristina QUEIROZ. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade, p. 169.

Por consequência, negar provimentos jurisdicionais concretos, na ausência de uma *interpositio legislatoris*, consistiria em repudiar o próprio Estado Democrático de Direito, porque se aniquilaria um de seus elementos fundantes: o reconhecimento de um *status activus processualis* que “permita a todos os cidadãos a tutela jurisdicional efetiva desses direitos sem que caiba atribuir a nenhum dos direitos constitucionais implicados um significado puramente declarativo ou programático⁴¹⁶”.

Não obstante todos os aspectos positivos que ressaltamos, cumpre examinar os limites que deve possuir a decisão proveniente do MI coletivo. Nos MI 712 e 708 os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, entenderam que o correto era limitar a decisão à categoria representada pelos respectivos sindicatos e estabeleciam condições específicas pra o exercício das paralisações e não conceder efeitos *erga omnes* a essa decisão.

O Min. Ricardo Lewandowski no MI 708 dissentiu em relação aos efeitos da decisão do mandado de injunção coletivo, afirmando: “entendo que o mandado de injunção regula caso concreto e não se pode, digamos assim, estabelecer uma regra, ou tomar uma regra geral abstrata e, enfim, até legislar⁴¹⁷”.

O mandado de injunção, inclusive o coletivo tutela primordialmente direitos subjetivos, mesmo quando impetrado na modalidade coletiva o interesse tutela refere-se à defesa de determinada classe, seu objetivo ao contrário da ADIn não consiste em proteger interesse difuso, consequentemente, não se deve atribuir efeito *erga omnes* a essas decisões.

Em sendo ação coletiva a decisão proveniente do mandado de injunção é regulamentada pelo CDC 103. que imprime efeitos *erga omnes* para as

⁴¹⁶ Cristina QUEIROZ. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade, p. 212.

⁴¹⁷ Voto do Min. Ricardo Lewandowski no MI 708.

ações coletivas que veiculem pretensão difusa e efeitos *ultra partes* para as ações que tenham a pretensão coletiva.

O mandado de injunção primordialmente tutela interesses subjetivos dos particulares, logo, entendemos que o sujeito passivo, não deve ser integrado apenas pela pessoa física ou jurídica que deve suportar os efeitos da sentença, o órgão omissor, o Congresso Nacional, por exemplo, “o órgão que deve efetivar a regulamentação, que deve emitir a norma regulamentada, deve participar na condição de litisconsorte necessário⁴¹⁸.”

Em relação ao legislativo, opera-se o aspecto declaratório da decisão que reconhece a omissão legislativa e recomenda ao Legislativo que realize as providências necessárias para sanar essa omissão legislativa. O efeito mandamental, ou seja, a ordem expedida pela decisão que acolhe o mandado de injunção atinge a entidade em face do qual o impetrante quer exercer o direito, a liberdade ou a prerrogativa. Contra esse é que deve ser emitida uma ordem⁴¹⁹.

Caso se entendesse que o interesse primeiramente tutelado no mandado de injunção consistia na tutela do interesse difuso em razão da omissão legislativa, transformar-se-ia o mandado de injunção em instrumento apto a permitir que o STF legislasse sempre que houvesse omissão do Legislativo, o que desvirtuaria sua natureza de garantia fundamental apta a garantir a eficácia dos direitos fundamentais-sociais quando não houvesse uma *interpositio legislatoris*.

O mandado de injunção mesmo o coletivo integra o processo subjetivo de controle de constitucionalidade. O STF, para concessão da decisão de acolhimento deve examinar as particularidades de cada caso concreto até para no afã de corrigir a omissão legislativa usurpar a função do congresso. Assim, a decisão do mandado de injunção coletivo deve ficar limitada à categoria representada pelos respectivos sindicatos e estabeleçam condições específicas

⁴¹⁸ Carlos Mário VELLOSO. A nova feição do mandado de injunção, in: *Revista de Direito Público*, n. 100, 1991, p. 172. No mesmo sentido cf. Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria A. NERY. *Constituição Federal comentada*, p. 196.

⁴¹⁹ José Carlos BARBOSA MOREIRA. Mandado de Injunção, in: *Revista de Processo*, n. 56, 1990, p. 115.

pra o exercício das paralisações, seu efeito deve ser *ultra partes* e não *erga omnes*.

Do contrário, ter-se-ia que admitir que se o STF conceder decisão aditiva em um MI impetrado pelo sindicato dos professores da rede pública do Estado de São Paulo para poderem exercer seu direito de greve - essa decisão aditiva por ter efeitos *erga omnes* estabeleceria os parâmetros para que os médicos da rede pública do Estado de São Paulo também exercessem seu direito de greve.

No exemplo acima descrito, fica claro como a decisão proveniente do mandado de injunção equipara-se à uma lei e em razão das limitações que o dispositivo da sentença possui para regulamentar matérias complexas, essa decisão além de usurpar a função do legislativo pode ocasionar graves riscos. Assim, o correto é realmente limitar os efeitos da decisão aditiva proveniente do MI à entidade associativa que o solicitou, aplicando-se sobre o dispositivo da sentença o CDC 103 II.

Desse modo, no exemplo acima dado, se o sindicato de médicos do Estado de São Paulo quisesse exercer seu direito de greve deveria ingressar com mandado de injunção coletivo perante o STF a fim de ver resguardado seu direito. Esse é o posicionamento mais correto em relação ao mandado de injunção coletivo, para não se permitir que a função do STF simplesmente equipare-se à função do Legislativo.

O Supremo deve conceder decisão aditiva com efeito *ultra partes* diante de mandado de injunção coletivo. Essa restrição faz-se necessária até para evitar os riscos que uma única decisão poderia provocar. Afinal, é de fácil percepção que os parâmetros normativos que o STF estabelecesse para o exercício do direito de greve dos professores não poderiam simplesmente ser importados para o exercício do direito de greve dos médicos sem acarretar riscos para a sociedade.

3.5 As sentenças limitativas. A modulação de efeitos na decisão de inconstitucionalidade.

Para encerrarmos este item da pesquisa, examinaremos a modulação de efeitos na decisão de inconstitucionalidade.

Em conformidade com o que concluímos no item 3.1 da pesquisa, o Supremo, quando realiza o controle de constitucionalidade, deve ser encarado como um órgão jurisdicional. A sentença proveniente do controle abstrato de constitucionalidade é um ato jurídico-processual, não um ato legislativo precedido do sinal negativo⁴²⁰, logo, deve ser fundamentada nos termos da CF 93 X.

A dicotomia nulidade (*common Law* – efeito *ex tunc*) anulabilidade (Kelsen – efeito *ex nunc*), deve ser abandonada por ser insuficiente para explicar e embasar os diversos provimentos possíveis atualmente no controle de constitucionalidade. Independentemente da consideração acerca da nulidade ou anulabilidade da norma, é o exame da eficácia da lei que mais interessa.

Em vez de se averiguar se a nulidade em razão da inconstitucionalidade é *ab initio* porque geralmente o será, o que interessa é como a sentença constitucional declarará a inconstitucionalidade do enunciado legislativo, determinando assim sua ineficácia; com razão, Carmen Blasco Soto ensina que é a *sentença constitucional que conecta invalidez com ineficácia*⁴²¹.

Assim sendo, se declarada a inconstitucionalidade, ainda que a lei possa ser considerada nula (plano da validade) *ab initio*, os efeitos da ineficácia dessa lei são consequência processual plasmada na sentença constitucional⁴²². É a sentença constitucional que realizará o elo entre a inconstitucionalidade (nulidade) e a eficácia da lei. A fixação dos efeitos temporais da lei considerada inconstitucional será delimitada pela sentença constitucional. Por conseguinte:

⁴²⁰ Sobre o tema v. Carmen BLASCO SOTO. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, p. 75.

⁴²¹ Carmen BLASCO SOTO. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, p. 90.

⁴²² Carmen BLASCO SOTO. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, p. 91.

*ainda que a nulidade seja o resultado da declaração da inconstitucionalidade, ela não pode ser o critério lógico para estabelecer a eficácia cronológica da sentença*⁴²³.

O principal intuito deste item consiste em demonstrar que a modulação de efeitos, ao contrário do que entende parte da doutrina⁴²⁴, não se trata de ato discricionário do STF. Pelo contrário, demonstraremos que perante determinadas situações a modulação de efeitos será obrigatória ou vedada. Obviamente, que não constitui objetivo da presente pesquisa elencar todas as hipóteses que demandarão modulação de efeitos, o principal objetivo desse item da pesquisa é evidenciar a necessidade de garantir fundamentação jurídica adequada às decisões do STF que aplicarem a modulação de efeitos.

3.5.1 Efeitos *ex nunc*.

Nossa CF não possui previsão legal expressa autorizando a modulação de efeitos na decisão de inconstitucionalidade. Essa previsão existe, por exemplo, na Constituição Portuguesa em seu art. 282 (4), cuja redação é a seguinte: *quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público*

⁴²³ Essa é a conclusão de Carmen BLASCO SOTO. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, p. 92.

⁴²⁴ Em sentido contrário, Carlos Roberto SIQUEIRA CASTRO entende que a modulação de efeitos consiste em prerrogativa discricionária do STF. Ele afirma que: “a recente edição pelo Congresso Nacional das Leis n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, e 9.882, de 3 de dezembro daquele mesmo ano, representou uma radical alteração na centenária tradição jurídica brasileira, que desde os primórdios da República, espelhada no modelo norte-americano então prevalente, firmou-se no sentido de atribuir efeitos retroativos ou *ex tunc* às decisões judiciais declaratórias da inconstitucionalidade das leis e demais atos normativos. A partir desses inovadores atos legislativos, incorporou-se, entre nós, a experiência já generalizada nos mais desenvolvidos sistemas de jurisdição constitucional, consistente na encampação **de prerrogativa discricionária de juízes e tribunais** incumbidos de julgamentos constitucionais quanto à validade das leis, de definir, em cada caso, a eficácia temporal de tais julgados, Busca-se, com esse modo de **justiça discricionária**, garantir a segurança de determinadas relações jurídicas constituídas sob a égide de normas proscritas do ordenamento positivo presidido pelo estatuto supremo dotado de rigidez constitucional”. Carlos Roberto SIQUEIRA CASTRO. *Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n.º 9.868 e 9.882/99*, in: Daniel SARMENTO (org.), *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, pp. 39/40. Ver ainda Renata Coelho Padilha GERA. *A natureza e os efeitos da inconstitucionalidade*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 135.

de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.1 e 2.

A modulação de efeitos no direito nacional está prevista no art. 27 da L 9868/99, que dispõe: ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A primeira objeção a ser enfrentada consiste em examinar a constitucionalidade da L 9868/99 instituir a modulação de efeitos quando nossa Constituição ao contrário da Portuguesa, não possui a referida previsão legal em seu texto.

Gilmar Mendes e Ives Gandra asseveram que o art. 27 da L 9868/99 é constitucional, porque a nulidade da lei poderia ser mitigada para privilegiar o princípio da segurança jurídica. A modulação dos efeitos não decorreria tão somente do art. 27 da LADIn, mas da própria aplicação sistemática do texto constitucional⁴²⁵.

Corroboramos o posicionamento doutrinário supracitado, mas com fundamentos relativamente distintos. Desse modo, admitimos a constitucionalidade da modulação de efeitos ainda que não esteja expressa no texto constitucional.

⁴²⁵ Gilmar Ferreira MENDES e Ives Gandra da Silva MARTINS. *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 548 e 558. Dos citados autores merece destaque o seguinte trecho: “Como a Constituição não contém qualquer decisão a respeito, devem ser regulamentadas por lei as importantes questões relacionadas com a superação desse estado de inconstitucionalidade. No interesse da segurança, da clareza e determinação jurídicas, afigurava-se recomendável a edição de regra sobre suspensão de aplicação apta a legitimar o Supremo Tribunal Federal a, sob determinadas condições, autorizar a aplicação do direito inconstitucional, nos casos constitucionalmente exigidos. É o que admite expressamente o texto do art. 27 da Lei n. 9.868/99, ao autorizar que o Tribunal declare a inconstitucionalidade com eficácia a partir de um dado momento no futuro”. *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 558.

A modulação de efeitos deve ser admitida, de início, porque entendemos que a dicotomia nulidade/anulabilidade está superada pelo constitucionalismo contemporâneo.

A sentença constitucional que realizará o elo entre a inconstitucionalidade (nulidade) e a eficácia da lei. A fixação dos efeitos temporais da lei considerada inconstitucional será delimitada pela sentença constitucional que, por sua vez, deverá ser intensamente fundamentada; afinal, a modulação de efeitos não constitui prerrogativa discricionária do STF.

Ademais, a modulação de efeitos deve ser admitida a fim de possibilitar a preservação do sistema constitucional. A declaração de desconformidade com a Constituição, com efeitos *ex tunc*, pode gerar situações de inconstitucionalidade mais danosas e graves que a própria inconstitucionalidade contida da lei.

A inconstitucionalidade plena, com efeito *ex tunc*, pode atingir situações jurídica já consolidadas sob a égide da boa-fé, assim a inconstitucionalidade com efeito retroativo pleno, poderia gerar diversas situações mais gravosas, o que violaria os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva.

Existem hipóteses em que nem mesmo a declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex nunc* está apta a impedir uma situação de inconstitucionalidade mais grave. Essas situações demandam uma decisão de inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*. Essa hipótese pode ser visualizada na ADIn 2240 que julgou inconstitucional a lei baiana 7619/00, que criou o município de Luís Eduardo Magalhães. Ao julgar a questão o STF decidiu que a decisão deveria ter efeito *pro futuro*⁴²⁶.

Em algumas situações, tal como a descrita acima, a não declaração da inconstitucionalidade *pro futuro*, em nosso entender acarretaria uma gravíssima situação de inconstitucionalidade. Essa gravidade ocorre porque

⁴²⁶ Essa decisão será examinada no item 3.5.2 da pesquisa.

o município que no plano fático existe. No momento em que a lei que o criou é considerada inconstitucional, o referido município fica sem nenhuma legislação que o regule. Ou seja, ele continua existindo, mas sem nenhuma normatividade que o regule, essa situação de anomia permite que o estado de exceção, na acepção de Agamben, se manifeste.

Assim sendo, a não modulação de efeito *pro futuro* no caso acima descrito teria o condão de permitir a manifestação do estado de exceção naquela município, que continuaria existindo no plano fático mas careceria de qualquer normatividade apta a regulamentá-lo (estado *kenomatico*).

3.5.1.1 Inexistência de discricionariedade na modulação de efeitos.

O exame da discricionariedade judicial dada a complexidade do tema, demandaria exame aprofundado para seu desenvolvimento. Para fins da presente pesquisa, apenas construiremos alguns apontamentos sobre o assunto, a fim de sustentar nosso posicionamento, totalmente contrário à atribuição de qualquer caráter discricionário à modulação de efeitos pelo Supremo.

Nossa concepção contrária à discricionariedade judicial é respaldada em Dworkin. O citado autor admite três sentidos para o termo discricionariedade: fraco, forte e limitado. O terceiro apresenta poucos problemas para sua definição. A discricionariedade limitada significa que o poder da autoridade à qual se atribui poder discricionário determina-se a partir da possibilidade de escolha entre duas ou mais alternativas. À discricionariedade em sentido limitado, Dworkin agrega a distinção entre discricionariedade em sentido *forte* e *fraco*. Essa segunda distinção possui grau de determinabilidade bem mais complexo do que a discricionariedade em sentido limitado. A principal diferença entre os sentidos forte e fraco da discricionariedade reside, de acordo com Dworkin, no fato de que, em seu sentido forte, a discricionariedade implica

incontrolabilidade da decisão segundo um padrão antecipadamente estabelecido⁴²⁷.

Assim, alguém que possua poder discricionário em seu sentido forte pode ser criticado, mas não pode ser considerado desobediente. Desse modo, não se pode dizer que ele cometeu erro em seu julgamento. Em relação a esse sentido forte da discricionariedade que Dworkin elabora sua crítica ao positivismo de Hart, quando este confere ao juiz poder discricionário, toda vez que uma regra clara e pré-estabelecida não esteja disponível. Ou seja, “os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes”. Dworkin complementa seu raciocínio afirmando: “quando o poder discricionário do juiz está em jogo, não podemos mais dizer que ele está vinculado a padrões, mas devemos, em vez disso, falar sobre os padrões que ele tipicamente emprega⁴²⁸”.

Dworkin, ao criticar a discricionariedade judicial, afirma que os padrões que os juízes, normalmente empregam são na realidade princípios que os guiam em suas decisões e que os obrigam no momento de determinar qual das partes possui direitos. Hart, por sua vez, desconsidera esses princípios, uma vez que se mantém vinculado a uma visão de direito que se articula segundo um modelo de regras⁴²⁹.

São os princípios jurídicos que Hart ignora, que justamente, permitem ao STF modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade sem incorrer em discricionariedade. Logo, em regra, haverá na fundamentação dessas decisões constitucionais a menção ao princípio da segurança jurídica ou da boa-fé objetiva.

⁴²⁷ Ronald DWORKIN. *Levando os Direitos à sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 50 et seq. Expondo o tema cf. Rafael de OLIVEIRA. *Decisão judicial e o conceito de princípio*, p. 28.

⁴²⁸ Ronald DWORKIN. *Levando os Direitos à sério*, p. 50 et seq. Expondo o tema cf. Rafael de OLIVEIRA. *Decisão judicial e o conceito de princípio*, p. 28.

⁴²⁹ Ronald DWORKIN. *Levando os Direitos à sério*, p. 50 et seq. Expondo o tema cf. Rafael de OLIVEIRA. *Decisão judicial e o conceito de princípio*, p. 28.

A decisão judicial não pode ser considerada ato de vontade do juiz, nesse diapasão, merece destaque o posicionamento de Francisco Campos, que ressalta a importância da fundamentação das decisões judiciais como requisito apto a rechaçar a existência de discricionariedade e arbitrariedade na atividade decisória⁴³⁰.

Portanto, não admitimos a atribuição de nenhum aspecto discricionário à modulação de efeitos pelo Supremo, uma vez que, essa decisão precisará sempre estar fundamentada em regra ou no princípio da segurança jurídica ou da boa-fé objetiva, não admitimos a modulação de efeitos com a invocação tão somente do princípio da proporcionalidade, até porque não haveria parâmetros objetivos para avaliar a correção desse tipo de decisão. Nosso posicionamento é consentâneo com a moderna visão do processo constitucional, que propõem a redução, de nossa parte, inclusive, a eliminação da discricionariedade judicial. Esta é a solução mais consentânea com a natureza jurisdicional da sua atividade e, portanto, a solução mais conforme com uma Constituição que integra o STF no poder jurisdicional⁴³¹.

3.5.1.2. Segurança jurídica. Decisões contrárias à jurisprudência, inconstitucionalidade superveniente.

O princípio da segurança jurídica requer a aplicação da modulação de efeitos. Em relação a esse princípio Ives Gandra e Gilmar Mendes

⁴³⁰ Nas exatas palavras de Francisco CAMPOS: “A sentença, como ato processual, só se integra ou se completa pela reunião dos elementos que a lei enumera como essenciais à sua composição. A lei prescreve à sentença regras de composição ou de estrutura lógica não apenas por motivos de ordem estética, mas por força da natureza mesma da sentença, que não é um simples ato de vontade do juiz. Este não exerce, com efeito, uma atividade arbitrária ou discricionária na adjudicação de uma das partes do direito entre elas litigioso. A parte decisória ou dispositiva da sentença não se funda apenas no poder de decidir na conformidade das provas produzidas e da norma jurídica por ele revelada na sentença”. *Direito civil*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 334.

⁴³¹ Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 451. No mesmo sentido Carlos BLANCO DE MORAIS assevera: “a fundamentação de uma decisão restrigente dos efeitos típicos da nulidade se justifica sempre, não só em razão da sua natureza relativamente excepcional, mas também pelo facto de ancorar em princípios ou medidas de valor fortemente indeterminadas”. *Justiça Constitucional*. t. II, p. 294.

afirmam que: “a aplicação continuada de uma lei por diversos anos torna quase impossível a declaração de sua nulidade, recomendando a adoção de alguma técnica alternativa, com base no princípio constitucional da segurança jurídica⁴³²”.

A modulação de efeitos para preservação da segurança jurídica, deve ocorrer sempre que os efeitos *ex tunc*, provenientes da declaração de inconstitucionalidade, tenham a aptidão de desestabilizar situações jurídicas que possuem a expectativa de continuidade à luz do texto normativo constitucional, podendo, inclusive, a respectiva desconstrução abalar alguma dimensão do interesse público e de diversos interesses privados⁴³³.

A segurança jurídica deve ser entendida como princípio que “enuncia o imperativo de garantia da certeza da ordem jurídica, nas suas dimensões de estabilidade, coerência e igualdade, permitindo aos cidadãos organizarem a sua vida individual, relacional e colectiva, no respeito pela previsibilidade ou calculabilidade normativa de expectativas de comportamento e consequencialidade nas respectivas ações⁴³⁴”.

De acordo com Canotilho, o princípio da segurança jurídica não é somente um elemento fundamental do Estado de Direito. Dois conceitos estão atrelados a esse princípio. O primeiro é a *estabilidade*, que consiste em que as decisões dos poderes públicos uma vez adotadas, em consonância com a forma e procedimentos legalmente exigidos, não podem ser arbitrariamente alteradas, sua alteração deve ocorrer, tão somente diante de pressupostos materiais relevantes. O segundo conceito ligado à segurança jurídica é a *previsibilidade*, que exige a certeza e a calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos⁴³⁵.

⁴³² Ives Gandra da Silva MARTINS e Gilmar Ferreira MENDES. *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 548. Aplicando o princípio da segurança jurídica nas decisões *ex nunc* cf. Roque Antonio CARRAZZA. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais-competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – Questões conexas, in: *Efeito 'ex nunc' e as decisões do STJ*, pp. 41/45.

⁴³³ Carlos BLANCO DE MORAIS. *Justiça Constitucional*. t. II, p. 284.

⁴³⁴ Carlos BLANCO DE MORAIS. *Justiça Constitucional*. t. II, pp. 284/285.

⁴³⁵ J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 263.

Desse modo, a segurança jurídica constitui parâmetro constitucional para a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade sempre que os efeitos retroativos possam acarretar lesão aos interesses dos cidadãos que tinham expectativa de terem suas relações jurídicas regulamentadas pela lei revogada.

A situação acima pode ser exemplificada, por exemplo, se é aprovada determinada lei que institui isenção fiscal para os produtos X, Y e Z. Diante da isenção fiscal e tendo em vista o barateamento desses produtos, a empresa passa a realizar planejamento tendo em vista a isenção fiscal concedida. Caso o STF casse a lei que institui a isenção por vício formal, por exemplo, não faria sentido algum atribuir eficácia *ex tunc* à referida decisão⁴³⁶.

Se a decisão do caso acima fosse dada com efeito *ex tunc*, causaria gravame à empresa, que teria estabelecido diversas situações jurídicas baseadas na expectativa de que a lei instituidora da isenção fiscal seria constitucional. No exemplo dado, se o STF não modulasse os efeitos de sua decisão, violaria a segurança jurídica juntamente com o princípio da livre iniciativa (CF 170), porque prejudicaria todo o planejamento fiscal-econômico da empresa que tinha expectativa de que a lei instituidora da isenção fiscal seria constitucional.

O princípio da segurança jurídica incide em duas outras situações que a limitação de efeitos faz-se obrigatória: mudança de jurisprudência do Supremo e a inconstitucionalidade superveniente.

⁴³⁶ Nossa assertiva encontra fundamento na doutrina de BLANCO DE MORAIS para quem: entender que a oneração imposta pela sanção da nulidade com efeitos absolutos é desadequada ou mesmo inaceitável para um conjunto de situações que reclamam estabilidade. Esse caráter desadequado ou inaceitável é representado pelo Tribunal Constitucional com fundamento das suas decisões manipulativas, sempre que o carácter gravoso dos sacrifícios que produza ofendam mais gravemente a Constituição (através de uma depreciação severa do princípio da segurança jurídica), do que o grau de lesão que a subsistência de certos efeitos não válidos da norma inconstitucional causaria ao princípio da inconstitucionalidade. A prática jurisprudencial revela que a segurança jurídica tem constituído o pressuposto mais convocado pelo Tribunal Constitucional para restringir os efeitos absolutos de sua declaração de inconstitucionalidade e para imunizar do regime da nulidade, situações jurídicas passadas merecedoras de consolidação. *Justiça Constitucional*, t. II, p. 287.

O jurista Tércio Sampaio Ferraz Jr. destaca a necessidade de se atribuir efeito *ex nunc* às decisões modificadoras de jurisprudência. Nas suas palavras: “nada obsta que, na hipótese de uma nova jurisprudência vir a alcançar determinadas situações de fato, objeto de casos propostos na confiança do precedente antigo, ofender o dogma da isonomia, o tribunal perceba que, ao voltar atrás inteiramente (efeito *ex tunc*), *cria uma situação não desejada pela vontade do legislador racional*. Com base em critérios de razoabilidade, essa consideração é possível e, de certo modo, até impositiva, em nome da justiça e da segurança jurídica⁴³⁷”.

Concordamos com a conclusão do nobre jurista, entretanto, discordamos de parte de seu fundamento, quando embasa a limitação de efeitos em razão da criação de uma situação não desejada pela *vontade do legislador racional*. Consoante demonstramos, no primeiro capítulo da pesquisa, não admitimos a existência dos conceitos de vontade do legislador ou vontade da lei, por serem conceitos metafísicos que não se coadunam com o paradigma hermenêutico adotado.

No item 2.6.3 da pesquisa, admitimos a possibilidade de o STF diante de determinadas circunstâncias alterar sua jurisprudência. Essa modificação jurisprudencial não deve ser em hipótese alguma respaldada na vontade da lei ou legislador, é o princípio da segurança jurídica combinado com a previsibilidade que ele próprio institui que implica na necessidade de o Supremo atribuir efeito *ex nunc* às decisões modificativas de jurisprudência.

Nesse sentido, merece destaque o abalizado entendimento de Nelson Nery Junior para quem: “do ponto de vista prático, o dever de os poderes públicos – aqui incluído o Poder Judiciário, cujas decisões são objeto deste estudo – agirem com boa-fé significa que não devem impor aos administrados e jurisdicionados sanções ou desvantagens relativamente a direitos e obrigações, fruto da modificação de seu entendimento a respeito de determinada situação ou relação jurídica. Assim, modificada a jurisprudência do tribunal, seus efeitos têm

⁴³⁷ Tércio Sampaio FERRAZ JUNIOR. Irretroatividade e jurisprudência judicial, *in: Efeito 'ex nunc' e as decisões do STJ*, p. 27.

de ser para o futuro, ainda que a natureza da decisão judicial seja declaratória, como ocorre nas decisões que reconhecem a inconstitucionalidade ou ilegalidade de norma⁴³⁸”.

O Tribunal Constitucional Austríaco por sugestão do governo, tem defendido a possibilidade da fixação de um prazo para a cessação da vigência de uma norma antijurídica. Seria o caso, por exemplo, quando uma norma é revogada por razões de igualdade. Para a fixação de um prazo é decisivo para o Tribunal a possibilidade de a lacuna originada pela revogação poder conduzir a situações politicamente indesejáveis do ponto de vista jurídico⁴³⁹.

As mencionadas hipóteses de modulação de efeitos têm fundamento naquilo que os Tribunais Europeus designaram de princípio da confiança legítima no Poder Público, que seria consectário da boa-fé objetiva. O princípio da confiança legítima é desenvolvido pelo Tribunal da Comunidade Européia em decisão paradigma de 13 de julho de 1965, onde o Tribunal utilizou pela primeira vez o termo já existente no direito alemão para definir uma situação digna de ser amparada ao haver sido violada a confiança posta na atuação da Administração Pública⁴⁴⁰. Da mesma forma, as decisões judiciais, mormente aquelas que alteram a jurisprudência devem modular seus efeitos a fim de que a confiança legítima dos cidadãos na aplicação da lei seja preservada, amparando as relações jurídicas que o cidadão praticou sob a égide da lei que até então era considerada constitucional.

A modulação de efeitos também deve operar-se quando ocorresse a inconstitucionalidade superveniente. Tal inconstitucionalidade acontece quando um texto ou ato normativo conforme com a Constituição entra posteriormente em confronto com uma norma constitucional, editada

⁴³⁸ Nelson NERY JUNIOR. Boa-fé objetiva e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior, p. 87.

⁴³⁹ Peter OBERNDORFER. A justiça constitucional no quadro das funções estaduais, p. 169.

⁴⁴⁰ Jesus GONZÁLEZ PEREZ. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, 5.ed., Madrid: Editorial Aranzadi, 2009, p. 69 *et seq.*

sucessivamente ao momento do início da vigência do mesmo ato⁴⁴¹. A Constituição Portuguesa consagra em seu art. 282 § 2.º essa modalidade. Não existe essa menção em nossa Constituição. Todavia, essa forma de inconstitucionalidade pode ser controlada por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental⁴⁴².

Assim, se uma Lei X era conforme a Constituição desde 1988, e em 2000 se promulgasse uma Emenda Constitucional que impingisse inconstitucionalidade à Lei X, esta lei deveria ser controlada objetivamente por ADPF, porque seria anterior ao parâmetro constitucional que transformou em inconstitucional ou então a própria Emenda Constitucional seria passível de ADIn que se julgada procedente faria com que a Lei X mantivesse sua constitucionalidade.

Para os fins da presente pesquisa, o que implica ressaltar é que se a Lei X no ano de 2000 em razão de determinada EC fosse considerada inconstitucional pelo STF, essa decisão nunca poderia ter efeito *ex tunc*, seu início, somente poderia ocorrer a partir do dia que ganhou vigência a EC que transformou em inconstitucional a Lei X.

3.5.1.3 Preservação da boa-fé objetiva. Hipóteses em que a modulação é vedada. Favorecimento do cidadão no âmbito penal e tributário.

Em conformidade com o que expõe a melhor doutrina, a boa-fé comporta duas dimensões. O instituto é apenas um, visto de maneira dicotômica⁴⁴³.

⁴⁴¹ Carlos BLANCO DE MORAIS. *Justiça Constitucional*. t. I, p. 164.

⁴⁴² Nesse sentido: Nelson NERY JUNIOR e Rosa M. A. NERY. *Constituição Federal Comentada*, coment 28 CF 102, p. 480.

⁴⁴³ Sobre o tema v. Nelson NERY JUNIOR e Rosa M. A. NERY. *Código Civil comentado*, 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, coment. 8 CC 422, p. 414.

A boa-fé subjetiva é caracterizada pela intenção de a parte ou a administração não lesar a parte contrária. A boa-fé objetiva, “se consubstancia na conduta que se espera da parte ou da administração, independentemente de sua manifestação de vontade, de sua intenção em praticar o ato ou de celebrar o negócio jurídico privado ou administrativo. É, pois, regra de conduta, de conteúdo e eficácia jurídica, vale dizer, *é fonte criadora de direitos e de obrigações* tal como a lei em sentido formal⁴⁴⁴”.

Atualmente, a boa-fé objetiva cada vez mais tem limitado a atuação do Poder Público. Em determinados ordenamentos é alçada a garantia fundamental do cidadão, tal como na Constituição Suíça em que está positivada em seu artigo nono⁴⁴⁵.

No ordenamento suíço, frequentemente a boa-fé objetiva é combinada com a dignidade humana e o princípio da igualdade para garantir aos cidadãos proteção contra arbitrariedade praticada pelo Estado ou por outros particulares⁴⁴⁶.

O jurista Nelson Nery Junior, em brilhante ensaio, indica a boa-fé objetiva como o princípio jurídico que limita a atuação das decisões do Judiciário. Nas palavras do autor: “modificada a jurisprudência do tribunal, seus efeitos têm de ser para o futuro, ainda que a natureza da decisão judicial seja declaratória, como ocorre nas decisões que reconhecem a inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma⁴⁴⁷”.

Nelson Nery conclui seu raciocínio afirmando: “o jurisdicionado não pode ser apenado, com decisão judicial desfavorável, porque agira de conformidade com o entendimento jurisprudencial anterior e a jurisprudência se

⁴⁴⁴ Nelson NERY JUNIOR. Boa-fé objetiva e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior, p. 83.

⁴⁴⁵ Cf. Nelson NERY JUNIOR. Boa-fé objetiva e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior, p. 86.

⁴⁴⁶ Thomas FLEINER, Alexander MISIC e Nicole TÖPPERWIEN. *Swiss Constitutional Law*, p. 157.

⁴⁴⁷ Nelson NERY JUNIOR. Boa-fé objetiva e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior, p. 87.

modificou. Os atos que foram por ele, jurisdicionado, praticados sob a égide da jurisprudência anterior são plenamente válidos e eficazes e não podem ser desfeitos pela superveniência de novo entendimento dos tribunais, alteradores do entendimento anterior prevalecente. A boa-fé objetiva garante a validade e a eficácia dos atos praticados sob fundamento na jurisprudência anterior⁴⁴⁸.

Jesus González Perez ensina que a boa-fé objetiva encontra seu fundamento na segurança jurídica, exercendo um papel relevante no nascimento e desenvolvimento das relações jurídicas, principalmente no que se refere à extinção dessas relações. Na realidade a boa-fé impõe regra do *favor acti* no sentido de que devem ser preservadas as relações jurídicas constituídas sob égide da lei considerada legítima⁴⁴⁹.

De nossa parte, asseveramos que o Supremo não pode praticar exercício de futurologia, a boa-fé objetiva enquanto princípio jurídico possui normatividade, logo deve ser observada nas decisões do STF. Isso implica afirmar que não pode o Pretório Excelso, mormente no que se refere às questões tributárias, modular efeitos porque eventualmente sua decisão poderia acarretar consequências econômicas negativas ao erário.

⁴⁴⁸ Nelson NERY JUNIOR. Boa-fé objetiva e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior, pp. 90/91. Cumpre ainda mencionar que o STF em decisão paradigmática, mesmo antes da previsão legal da LADIn 27, admitiu a modulação de efeitos com fundamento na boa-fé: “Acertado se me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo, que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade. Como, entretanto, princípio, os efeitos dessa decisão operam retroativamente, não se resolve com isso, de modo pleno, a questão de saber se é mister haver como delitos do orbe jurídico atos ou fatos verificados em conformidade com a norma que haja sido pronunciada como inconsistente com a ordem constitucional. Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o “Corpus Juris Secundum”, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. **A tutela da boa fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo**” (STF, 2.^a T., RE 79343-BA, rel. Min. Leitão de Abreu, voto do relator, j. 31.5.1977, v.u., DJU 2.9.1977, p. 5970).v

⁴⁴⁹ Jesus GONZÁLEZ PEREZ. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, p. 228 *et seq.*

Na ADIn 513⁴⁵⁰ essa hipótese foi aventada. Na ocasião asseverou que se determinado tributo fosse considerado inconstitucional em sede de ADIn, essa decisão deveria ter efeito *ex nunc*, quando esse tributo já tivesse sido auferido pelo tesouro e aplicado em obras públicas. Na citada ADIn, o STF não decidiu nesse sentido, porque entendeu que o tributo em questão apenas ingressaria no tesouro em momento posterior (futuro), logo, não haveria risco econômico ao tesouro.

Dos fundamentos invocados no voto da ADIn 513 discordamos. Isso porque, possível dano ao erário ou ao tesouro nacional não são fundamentos jurídicos para a modulação de efeitos. A boa-fé objetiva obriga ao Poder Público agir com lealdade e coerência em sua conduta.

Com efeito, se o Poder Público instituir um tributo que for declarado inconstitucional pelo STF, essa decisão deve ter efeito *ex tunc*, mesmo que o tributo já tivesse ingressado no tesouro e sido aplicado pela Administração.

⁴⁵⁰ Ação direta de inconstitucionalidade, L 8134/90 e manual para o preenchimento da declaração do imposto de renda, pessoa física, ano base 1990, exercício 1991, no ponto relativo as instruções sobre a aplicação do coeficiente de correção monetária do imposto e de sua restituição. i. no controle concentrado, de constitucionalidade, não se examina disposição não-normativa, tal o manual de declaração de imposto de renda. Ação não conhecida nessa parte. ii. O parágrafo único, art. 11, da L 8134/90 institui coeficiente de aumento do imposto de renda e, não, índice neutro de atualização da moeda. Por isso, ele não pode incidir em fatos ocorridos antes de sua vigência, nem no mesmo exercício em que editado, sob pena de afrontar as cláusulas vedatórias do art. 150, inciso iii, alíneas "a" e "b", da CF. Assim e, porque a obrigação tributaria regula-se pela lei anterior ao fato que a gerou, mesmo no sistema de bases correntes da L 7713/88 (imposto devido mensalmente, a medida em que percebidos rendimentos e ganhos de capital, não no último dia do ano) em vigor quando da norma impugnada. ainda quando a execução da obrigação tributaria se projeta no tempo, ela surge, também nesse sistema, contemporaneamente ao seu fato gerador. iii. o ulterior acerto de créditos e débitos não é um novo fato gerador de obrigação tributária, mas, expediente destinado a permitir a aplicação da regra de progressividade do imposto direto. iv. **Alegação de só poder ter efeito "ex nunc" a decisão que nulifica lei que instituiu ou aumentou tributo auferido pelo tesouro e já aplicado em serviços ou obras públicas. Sua inaplicabilidade a hipótese dos autos que não cogita, exclusivamente, de tributo já integrado ao patrimônio público, mas, de ingresso futuro a ser apurado na declaração anual do contribuinte e recolhido posteriormente, também não e ela atinente a eventual restituição de imposto pago a maior, porque esta prevista em lei e terá seu valor reduzido pela aplicação de coeficiente menos gravoso.** V. Não existe ameaça iminente a solvência do tesouro, a continuidade dos serviços públicos ou a algum bem política ou socialmente relevante, que justifique a supressão, "in casu", do efeito próprio, no Brasil, do juízo de inconstitucionalidade da norma, que e a sua nulidade. e de repelir-se, portanto, a alegada ameaça de lacuna jurídica ameaçadora (*bedrohliche rechtslucke*). Vi. ação conhecida em parte e, nessa parte, julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 11, parágrafo único, da lei n. 8.134/90 (STF, Pleno, ADIn 513-DF, rel. Min. Célio Borja, j. 14.6.1991, v.u., DJU 30.10.1992, p. 19514).

O risco econômico⁴⁵¹ que a decisão puder causar aos cofres públicos, não constitui fundamento apto a proibir o cidadão que pagou o tributo ilegal de reaver o que pagou indevidamente enquanto não se materializar a prescrição.

Se o STF julgasse um tributo inconstitucional e em seguida modulasse os efeitos (*ex nunc*), essa decisão seria contrária à boa-fé objetiva porque em outras palavras estaria autorizando o Poder Público a praticar ato ilícito (instituir tributo inconstitucional), porque tudo que ele conseguisse auferir com a cobrança do tributo ilegal nunca precisaria ser restituída, ou seja, o STF não pode em suas decisões corroborar e legitimar uma prática ilícita e desleal do Poder Público. Desse modo, reafirmamos nosso posicionamento contrário à modulação de efeitos quando o tributo é declarado inconstitucional, porque essa decisão se tiver seus efeitos limitados, favorecerá a má conduta da Administração algo contrário à boa-fé objetiva e a todos os demais princípios elencados na CF 37, que vinculam indiscutivelmente o Poder Público.

Nem se poderia invocar o interesse público para a modulação acima descrita. Primeiro porque o Judiciário, inclusive o STF, não possui o ferramental necessário para averiguar quais seriam os efeitos da decisão de inconstitucionalidade de algum tributo. Ou seja, o Supremo não tem como avaliar com precisão qual seria a repercussão econômica e fiscal de sua decisão.

Ademais, a fórmula que postula a sempre primazia do interesse público sobre o particular é uma simplificação errônea e freqüente do problema que existe entre o interesse público e os direitos fundamentais⁴⁵². Os direitos fundamentais são constitutivos tanto para o indivíduo como para a comunidade, são configurados não apenas em favor do indivíduo, porquanto cumprem uma função social e constituem o fundamento funcional da democracia, disso se conclui que a garantia e o exercício dos direitos fundamentais estão

⁴⁵¹ Sobre a polêmica no cenário português cf. Carlos BLANCO DE MORAIS. *Justiça Constitucional*. t. II, p. 293.

⁴⁵² Peter HÄBERLE. *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Dykinson, S. L., 2003, n. 1, p. 25.

caracterizados por um entrecruzamento de interesses públicos e interesses individuais⁴⁵³.

Desse modo, não pode o STF fulminar um direito fundamental do cidadão com o intuito de garantir o interesse público do Estado. Não pode decisão o Supremo favorecer prática ilícita da Administração Pública em detrimento das garantias constitucionais do contribuinte.

Outro óbice à invocação do interesse público como parâmetro para modular os efeitos do exemplo mencionado consiste na própria ausência de fundamento legal para tanto. A LADIn 27 não elenca o interesse público como requisito para modulação de efeito, pelo contrário, o texto normativo prevê apenas o interesse social. O exemplo aqui tratado, não se subsume ao conceito de interesse social, afinal a modulação de efeitos no exemplo em questão, favorece apenas o Poder Público em detrimento do cidadão, logo, é evidente a impossibilidade de fundamentar tal decisão no interesse social.

O princípio da boa-fé objetiva, combinado com a preservação do interesse social, fundamenta situação semelhante à contida na ADIn 2907⁴⁵⁴. Nesta ação direta, o STF ao julgar a inconstitucionalidade de Portaria do TJ-AM, que disciplinava o horário de trabalho dos servidores públicos, com base em proposta do Min. Cezar Peluso, entendeu que o Tribunal deveria fixar a eficácia

⁴⁵³ Peter HÄBERLE. *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales*, pp. 23/24. Sobre a falsa primazia do interesse público sobre os direitos fundamentais v. Humberto ÁVILA, “Repensando o ‘Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular’” In: *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 215; especialmente Nesse sentido: Nelson NERY JUNIOR E Rosa M. A. NERY. *Constituição Federal Comentada*, coment 2 CF 5.º p. 173.

⁴⁵⁴ ADIn. Portaria 954/01 do TJ-AM. Ato normativo que disciplina o horário de trabalho dos servidores do Judiciário. Vício de natureza formal. Ofensa à CF 96 I a e b. ADIn julgada procedente com efeito *ex nunc*. I. Embora não haja ofensa ao princípio da separação dos poderes, visto que a Portaria em questão não altera a jornada de trabalho dos servidores e, portanto, não interfere com o seu regime jurídico, constata-se, na espécie, vício de natureza formal. II. Como assentou o Plenário do STF nada impede que a matéria seja regulada pelo Tribunal, no exercício da autonomia administrativa que a Carta Magna garante ao Judiciário. III. Mas a forma com que o tema foi tratado, ou seja, por portaria ao invés de resolução, monocraticamente e não por meio de decisão colegiada, vulnera o art. 96, I, a e b, da Constituição Federal. IV. Ação julgada procedente, com efeitos *ex nunc* (STF, Pleno, ADIn 2907, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 4.6.2008, DJU, m.v., DJUE n. 162, div. 28.8.2008, publ. 29.8.2008).

dessa decisão (*ex nunc*), para que não se permitisse eventuais pedidos de anulação dos atos praticados no horário estabelecido pelo regime instituído pela Portaria do TJ-AM declarada inconstitucional.

Com a conclusão do STF concordamos, todavia, conforme já afirmamos, a modulação de efeitos não constitui prerrogativa discricionária do Judiciário, logo deve haver fundamento legal para a limitação dos efeitos. Assim, o Supremo agiu corretamente em limitar os efeitos da decisão, porque não faria sentido que os particulares que praticaram atos durante a vigência da portaria, posteriormente declarada inconstitucional, pudessem solicitar a anulação desses atos. Ocorre que a modulação de efeitos precisa ter fundamento legal, que para o presente caso deveria ser a boa-fé objetiva, a fim de que ficassem resguardados os atos praticados pelos particulares diante da vigência da Portaria.

O caso supramencionado é um típico exemplo em que a modulação de efeitos deve ocorrer para preservar os atos praticados pelos particulares diante de um regime de legalidade que eles confiavam ser regular e constitucional. Nessa hipótese, a modulação de efeitos preserva a confiança dos cidadãos na Administração Pública, preservando direitos adquiridos e atos celebrados, o que, por sua vez, acarreta a preservação do interesse social.

Do mesmo modo que existem determinadas hipóteses em que a modulação é obrigatória para proteger interesse social e garantir os direitos do cidadão, existem situações em que a modulação é vedada porque a decisão de inconstitucionalidade precisa, necessariamente, ter efeitos retroativos a fim de garantir expressamente os direitos dos cidadãos.

Da mesma maneira que a lei penal quando é mais favorável ao réu, obrigatoriamente, deve retroagir, do mesmo modo, se a decisão de inconstitucionalidade repercutir favoravelmente na esfera penal dos cidadãos, deverá obrigatoriamente retroagir, não poderá o STF limitar seus efeitos nos termos da LADIn 27.

Por exemplo, se determinada Lei Y é promulgada no ano de 2000 majorando a pena do crime X bem como a aplicação de regime mais severo, se em 2008, essa Lei Y é julgada inconstitucional, o STF não poderá limitar seus efeitos a partir do momento em que foi proferida a decisão. Isso ocorre porque todos que foram julgados com a pena do crime X majorada e estavam cumprindo regime prisional mais severo, possuem o direito de reformar suas decisões em razão da declaração de inconstitucionalidade da Lei Y. Do mesmo modo que a lei penal retroage para beneficiar o réu, a decisão de inconstitucionalidade com efeito *erga omnes*, deverá retroagir sempre que for mais favorável ao cidadão.

3.5.2 Efeitos *pro futuro*. Preservação do interesse social.

A decisão que declara a inconstitucionalidade, mas não pronuncia a nulidade, porque a lei considerada inconstitucional, apenas ficará sem eficácia a partir da data fixada pelo Supremo, constitui a modalidade mais polêmica das sentenças limitativas. Essas decisões estão previstas na LADIn 27.

A Constituição Portuguesa conforme já salientamos, prevê em seu texto, expressamente a possibilidade do Tribunal Constitucional limitar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Contudo, Blanco de Moraes ao opinar a respeito das decisões de inconstitucionalidade que fixariam *pro futuro* seus efeitos, dentre os quais a nulidade assevera que: “a nulidade, figura inerente aos efeitos repressivos-regra previstos no art. 282.º da CRP e que a ilustre sensibilidade doutrinária em apreciação passou a acolher, não pode comportar *excepções passíveis de a desconfigurarem*, como seria a admissibilidade da produção de efeitos futuros pela norma inconstitucional⁴⁵⁵”.

Tal como já afirmamos, a dicotomia nulidade/anulabilidade apresenta-se defasada para o enfrentamento dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Concluimos que é a sentença constitucional que realizará o elo entre a inconstitucionalidade (nulidade) e a eficácia da lei. A fixação dos

⁴⁵⁵ Carlos BLANCO DE MORAIS. *Justiça Constitucional*. t. II, p. 308.

efeitos temporais da lei considerada inconstitucional será delimitada pela sentença constitucional. Por conseguinte: *ainda que a nulidade seja o resultado da declaração da inconstitucionalidade, ela não pode ser o critério lógico para estabelecer a eficácia cronológica da sentença*⁴⁵⁶.

Portanto, o regime da nulidade não constitui óbice a impedir a utilização da fixação dos efeitos da inconstitucionalidade *pro futuro*. Ocorre que a aplicação dessas sentenças deve ser totalmente excepcional, seu uso deve ocorrer apenas quando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade possam acarretar conseqüências extremamente gravosas, um estado de anomia, no qual toda a legalidade fica suspensa, permitindo a manifestação do estado de exceção.

O estado de exceção constitui um estado “‘kenomatico’, um vazio de direito, e a idéia de uma indistinção e de uma plenitude originária do poder deve ser considerada como um ‘mitologema’ jurídico, análogo à idéia de estado de natureza⁴⁵⁷. Nesse estado os três poderes se diluem, a distinção entre eles não pode ser visualizada.

Para evitar esse mitologema jurídico, que a declaração de inconstitucionalidade *pro futuro* evidencia sua relevância. Nesse sentido já decidiu o STF:

ADIn. L 7619/00, do Estado da Bahia, que criou o Município Luís Eduardo Magalhães. Inconstitucionalidade de lei estadual posterior à EC 15/96. Ausência de lei complementar federal prevista no texto constitucional. Afronta ao disposto na CF 18 § 4.º. Omissão do Poder Legislativo. Existência de fato. Situação consolidada. Princípio da segurança jurídica. **Situação de exceção. Estado de exceção. A exceção não se subtrai à norma, mas esta, suspendendo-se dá lugar à exceção. Apenas assim ela se constitui como regra, mantendo se em relação com a exceção.** 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão

⁴⁵⁶ Essa é a conclusão de Carmen BLASCO SOTO. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, p. 92.

⁴⁵⁷ Giorgio AGAMBEN, *Estado de exceção*, p. 17.

política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia (STF, Pleno, ADIn 2240-BA, rel. Min. Eros Grau, j. 9.5.2007, v.u., DJU 3.8.2007, p. 279)

Ou seja, diante da existência fática do Município de Luis Eduardo Magalhães, a declaração tradicional de inconstitucionalidade provocaria situação de maior gravidade que a própria lei inconstitucional, uma vez que, a declaração

de inconstitucionalidade permitiria a manifestação do Estado de exceção; porquanto, diversas situações jurídicas ficariam ser nenhuma normatividade que as regulamentasse.

Daí que a declaração de inconstitucionalidade com produção de efeitos *pro futuro* preserva o interesse social dos cidadãos e não o interesse público puramente. A situação descrita acima configura a possibilidade excepcional apta a ensejar a incidência da modulação de efeitos *pro futuro*.

Por fim, cumpre esclarecer que a possibilidade de motivação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade *pro futuro*, faz com que seja desnecessária a elaboração de decisões na modalidade apelativa desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão.

A decisão apelativa (*Appellentscheidung*), não expressa conceito unívoco na doutrina. Elas designam tanto as decisões nas quais o Tribunal reconhece a situação como ainda constitucional, anunciando a eventual conversão do estado de inconstitucionalidade imperfeita em inconstitucionalidade total. A decisão apelativa também se refere às decisões que declaram a inconstitucionalidade sem pronunciar sua nulidade. Em regra, a decisão apelativa é utilizada para evitar que decisões declarem a nulidade de uma norma com respectivas conseqüências práticas danosas⁴⁵⁸. No entanto, para os fins da presente pesquisa, o que interessa é ressaltar a utilização das decisões apelativas para evitar situação de maior gravidade, tal como a criação do Município de Luis Eduardo Magalhães.

Nas decisões apelativas, o Tribunal Constitucional Alemão ao se deparar com lei inconstitucional, caso perceba que a declaração de inconstitucionalidade pode acarretar situação de maior gravidade, declara a inconstitucionalidade, mas não pronuncia a nulidade a fim de evitar o “caos”

⁴⁵⁸ Explicando essa modalidade de decisão cf. Ives Gandra da Silva MARTINS e Gilmar Ferreira MENDES. *Controle concentrado de constitucionalidade*, pp. 508/511.

político-constitucional, fazendo apelo ao Legislador para que em prazo razoável proceda a devida alteração legislativa⁴⁵⁹.

No Brasil, a decisão apelativa não faria sentido, porque precisaria o Supremo lançar mão de decisão atípica e polêmica (declarando a inconstitucionalidade sem pronunciar a nulidade) quando pode utilizar o disposto na LADIn 27 e declarar a inconstitucionalidade fixando os efeitos da nulidade (ineficácia) em momento posterior *pro-futuro*. Ao final, cumpre esclarecer que além do STF não possuir discricionariedade para aplicar essa decisão, com efeito, não pode o Supremo modular os efeitos *pro futuro* fixando prazo indeterminado para os efeitos da inconstitucionalidade operarem. Assim, com acerto na ADIn 2240, o Supremo fixou prazo exato de 24 meses para a decisão de inconstitucionalidade surtir efeito.

⁴⁵⁹ Decisão paradigmática ocorreu quando o TC alemão no “âmbito da sua competência para verificação em última instância, da validade das eleições para o Parlamento, o Tribunal Constitucional viu-se confrontado com a arguição de que, com o decurso do tempo e devido a alterações demográficas, se criou uma situação inconstitucional de desigualdade dos círculos eleitorais. O Tribunal Constitucional decidiu que tal situação *ainda* era suportável. Dado tratar-se de um desenvolvimento gradual, não era nada simples determinar o momento a partir do qual a distribuição dos círculos eleitorais passara de uma situação conforme à Constituição para uma situação inconstitucional. Ao mesmo tempo, deixou o Tribunal claro que o legislador era obrigado pela Constituição a aprovar uma nova distribuição dos círculos eleitorais ainda no decurso do período legislativo em curso, a fim de as eleições seguintes se poderem realizar já numa base correta. Se o Tribunal Constitucional, no respeitante ao caráter fundamentalmente fixo da delimitação dos círculos eleitorais, tivesse declarado nula a lei eleitoral e tivesse admitido a impugnação do resultado das eleições, ter-se-ia colocado a difícil questão de saber qual o órgão que poderia aprovar eficazmente uma nova lei eleitoral, com círculos eleitorais acima de qualquer dúvida”. Wolfgang ZEIDLER. A justiça constitucional no quadro das funções do Estado, pp. 62/63.

Capítulo 4. Súmula vinculante. Controle difuso de constitucionalidade.

Neste capítulo da pesquisa, desenvolveremos a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade da súmula vinculante. Essa questão merece exame, porque o efeito vinculante foi amplamente discutido na pesquisa, principalmente, quando agregado às decisões interpretativas, com maior razão deverá ser analisada a possibilidade de se atribuir efeito vinculante aos verbetes sumulares do STF.

Para atingirmos nosso desiderato e concluirmos pela obrigatoriedade de se admitir o controle difuso de constitucionalidade dos enunciados da súmula vinculante, precisaremos demonstrar a posição que ela ocupa diante do paradigma hermenêutico adotado no primeiro capítulo da pesquisa, bem como evidenciar a distinção em relação aos precedentes do regime do *stare decisis* para concluirmos pela natureza legislativa dos verbetes vinculantes.

4.1 Súmula vinculante. Instrumento refratário ao acesso hermenêutico ao direito.

O pensamento jurídico dominante é refratário ao acesso hermenêutico ao direito, acreditando que a função do jurista ainda é a de descobrir um sentido que está velado na vontade da lei, dessa forma, o STF passa a agir como único intérprete autêntico da CF ao emitir a súmula vinculante pois, estaria evidenciando a norma que deveria ser aplicada aos casos idênticos, privilegiando, assim, o princípio da isonomia dos jurisdicionados. Essa visão tradicional é refratária ao acesso hermenêutico, porque ignora que o direito deve ser concretizado em cada caso concreto e não apenas através de uma subsunção de fatos a previsões normativas, dessa maneira, passa-se a acreditar que a súmula vinculante, uma vez editada, resolveria diversos casos idênticos, mediante um simples silogismo, invocando a favor da utilização da súmula sempre a necessidade de tratar de maneira igualitária os jurisdicionados, ou seja, de que a

súmula vinculante é um instrumento que privilegia a isonomia, ignorando, que “o caso concreto, com as suas circunstâncias particulares e com a individualizada perspectivação histórico-social que impõe, exige uma autônoma ponderação também concreta que os critérios normativos invocados – os princípios, os institutos dogmáticos, as normas – só podem fundamentar pela mediação de um específico enriquecimento normativo⁴⁶⁰”.

Ocorre que a noção de que a súmula vinculante traria a decisão justa possibilita a crítica formulada por Arthur Kaufmann do computador como juiz “em que se manusearia o princípio da igualdade de forma totalmente mecânica, não tomando minimamente em consideração a situação histórica concreta e a individualidade, uma caricatura da justiça cega ‘que abstrairia da pessoa’, um direito a-histórico e impessoal⁴⁶¹”.

Prossegue o filósofo afirmando que:

a igualdade nunca existe realmente, sendo sempre uma abstração da também nunca realmente existente desigualdade. Na realidade, existe sempre apenas em maior ou menor grau de semelhança ou diferença. Esse abstrair, de que se falou, ou seja, a ‘equiparação’ ou ‘distinção’ de semelhanças e diferenças, implica necessariamente uma *decisão* e portanto, o exercício do *poder*, o qual não pode contudo ser arbitrariamente manipulado, devendo antes ser argumentativamente fundamentado⁴⁶².

Esse é o risco de se atribuir efeitos vinculantes às decisões dos Tribunais Superiores, porque com “a súmula vinculante, o tribunal estará definindo, previamente – e veja-se como isto também ocorre com a interpretação conforme – os limites do sentido do texto, bem como o próprio sentido desses

⁴⁶⁰ CASTANHEIRA NEVES. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 201.

⁴⁶¹ Arthur KAUFMANN. *Filosofia do Direito*, p. 180.

⁴⁶² Arthur KAUFMANN. *Filosofia do Direito*, p. 180.

limites, obstaculizando o necessário devir interpretativo, impedindo-se o aparecer da singularidade/especificidade do caso jurídico sob exame⁴⁶³”.

Assim, tendo por base a idéia de que realmente existiriam casos absolutamente idênticos, a súmula vinculante seria o maior expoente daquilo que Kaufmann denominou de computador juiz, em que a solução do caso ocorreria de maneira simplesmente mecânica, por meio da subsunção, no qual a norma, em sua completude, estaria presente na súmula vinculante e seria a solução aplicável para os diversos casos, não levando em conta a situação pessoal e a historicidade de cada caso.

Nesse ponto, faz-se necessário esclarecer que o pensamento jurídico dominante incorre no equívoco equiparar texto e norma, essa distinção é importante para demonstrar que a súmula não é a norma em si, ou seja, ela também pode ser interpretada por mais objetiva que seja. Friedrich Müller, mediante sua teoria *estruturante da norma*, tal como expusemos pormenorizadamente no primeiro capítulo da pesquisa, evidenciou que a prescrição juspositiva é apenas o ponto de partida na estruturação da norma, visto que a prescrição literal serve em regra para a elaboração do programa de norma, ocorre que a normatividade essencial à norma não é produzida por esse mesmo texto. Muito pelo “contrário, ela resulta dos dados extralingüísticos de tipo estatal-social: de um funcionamento efetivo, de reconhecimento efetivo e de uma atualidade efetiva desse ordenamento constitucional para motivações empíricas na sua área; portanto, de dados que mesmo se quiséssemos nem poderiam ser fixados no texto da norma no sentido da garantia da sua pertinência⁴⁶⁴”.

⁴⁶³ Lenio Luis STRECK. O Efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica, in: *Constituição e Democracia. Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Canotilho*. Paulo Bonavides; Francisco Gerson Marques de Lima; Faya Silveira Bedê (orgs.). São Paulo: Malheiros, 2006, p. 409.

⁴⁶⁴ Friedrich MÜLLER. *Métodos de trabalho de direito constitucional*, p. 38. No mesmo sentido se manifesta CASTANHEIRA NEVES, para quem: “hoje é tão inadmissível ver na interpretação só um *acto de conhecimento*, sem um conteúdo e um resultado normativamente constitutivos, como ver na interpretação autêntica só um *acto legislativo*, sem quaisquer pressupostos interpretativos. Por um lado – no que toca ao primeiro ponto -, sabe-se que ‘compreender um texto (legal) não é algo puramente receptivo, mas um agir prático e constitutivo’, através do qual unicamente o direito pode tornar-se direito concreto e histórico. E isto, não apenas pela índole e as naturais conseqüências de toda a actividade hermenêutica jurídica – enquanto é o sentido do texto jurídico interpretado sempre o resultado de uma dialética de constitutiva compreensão em que concorrem

Dessa forma, diante de um acesso hermenêutico ao direito, não se pode admitir que a norma venha dada pela própria súmula, posto que mesmo que esta consista na posituação de uma determinada interpretação, com Gadamer podemos afirmar que “o sentido de um texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre. Por isso a compreensão não é nunca um comportamento somente reprodutivo, mas é por sua vez, sempre produtivo⁴⁶⁵”. Não apenas a súmula não traz a norma com ela, como ela, ao se constituir em uma prescrição literal passará a poder ser interpretada e dar origem a novas normas, afinal “o texto não é nada em sua textitude. O texto nada é sem o sentido (que será a norma a ele atribuída)⁴⁶⁶”. Tanto é que o genial Guimarães Rosa proferiu, por meio de seu personagem Riobaldo a seguinte frase: *o que é para ser são as palavras*⁴⁶⁷.

Portanto, para que a súmula vinculante possa ter aplicação no deslinde das demandas sem fulminar as particularidades de cada caso concreto, ela deve ser visualizada como texto normativo que quando oposto ao caso concreto, o soluciona não mecanicamente e, sim, hermeneuticamente. Ou seja, a súmula vinculante não é a norma pronta acabada e completa apta a solucionar diversos casos por silogismos. Esse entendimento está na contramão do acesso hermenêutico porque impede que a particularidade de cada caso concreto manifeste-se. Assim, a súmula vinculante deve ser encarada como um texto normativo, de natureza legislativa, apto a produzir tantas normas distintas quanto forem os casos abrangidos por ela, essa perspectiva permite evitarmos a crítica tão bem desenvolvida por Kaufmann do computador como juiz.

o texto, o horizonte hermenêutico ou a pré-compreensão histórica do intérprete e a função prático-normativa do direito”. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, pp. 328/329.

⁴⁶⁵ Hans Georg GADAMER. *Verdade e método*. v. I, p. 444.

⁴⁶⁶ Lenio Luis STRECK. O Efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica, p.405.

⁴⁶⁷ O trecho completo é: “Exponho ao senhor que o sucedido sofrimento sobrefoi já inteirado no começo; daí só mais aumentava. E o que era para ser. O que é pra ser - são as palavras!”. João GUIMARÃES ROSA. *Grande Sertão: Veredas*. São Paulo: Nova Fronteira. Edição comemorativa, p.42.

4.2 A súmula vinculante distinção em relação aos precedentes da *common Law*⁴⁶⁸.

A súmula vinculante está positivada no art. 103 – A da CF, que poderá ser proferida de ofício ou por provocação do STF que passará a ter efeito vinculante após sua publicação. A súmula vinculante passa a valer a partir de sua publicação, ou seja, sua constituição tem por objeto o futuro e não a consagração da jurisprudência. A primeira distinção é a forma como os dois institutos ingressaram em cada sistema jurídico, de acordo com Lenio Streck, nos Estados Unidos, a força do precedente “reside na tradição, não estando estabelecida em qualquer regra escrita, quer na Constituição e tampouco em regra de ofício. Causa espécie, pois, o estabelecimento, no Brasil, da obrigatoriedade da obediência ao ‘precedente sumular’ por intermédio de emenda constitucional *em um sistema jurídico filiado à família romano-germânica*⁴⁶⁹”. De acordo com Harold Berman, a regra do *stare decisis*⁴⁷⁰ da *common law*, é fruto de evolução histórica,

⁴⁶⁸ Esse item já foi objeto de nosso estudo, em razão, de esse assunto constituir premissa para o desenvolvimento do controle difuso de constitucionalidade da súmula vinculante, consideramos conveniente atualizar e reproduzir o que escrevemos naquela oportunidade. Georges ABBOUD. Súmula vinculante *versus* precedentes: notas para evitar alguns enganos, in: *Revista de Processo*, n. 165,

⁴⁶⁹ Lenio Luis STRECK. O Efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica, p. 414. Apontando semelhanças entre os institutos ver Rodolfo de Camargo MANCUSO. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*, 3.ed., São Paulo: RT, 2007, pp. 174/192, Questões controvertidas sobre a súmula vinculante, in: *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. José Miguel Garcia Medina, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, Luís Otávio Sequeira de Cerqueira, Luiz Manoel Gomes Junior. São Paulo: RT, 2008, p. 1192; André Ramos TAVARES. *Nova Lei da Súmula Vinculante*, 2.ed. São Paulo: Editora Método, 2007, pp. 22/23; equiparando os institutos Carlos Mário da Silva VELLOSO. Poder Judiciário: controle externo e súmula vinculante, in: *Revista do Advogado*. n. 75, abril, 2004, p. 26.

⁴⁷⁰ De acordo com Toni M. FINE: “a doutrina do *stare decisis* é firmemente estabelecida no sistema legal norte-americano. Tal doutrina, também conhecida como aplicação do precedente, estipula que, uma vez que um Tribunal tenha decidido uma questão legal, os casos subseqüentes que apresentam fatos semelhantes devem ser decididos de maneira consentânea com a decisão anterior. Segundo essa doutrina, uma regra de direito, uma vez proferida por um Tribunal, normalmente deve ser seguida até que tal regra tenha que, ou deva ser, modificada. A regra do *stare decisis* é, pois, a política das Cortes de manter o precedente e não interferir, nos casos que se sucedem, em questões já decididas em casos anteriores. Enquanto facilmente definida em abstrato, a doutrina do *stare decisis* não se afigura um princípio simples, de fácil definição. Ao contrário, é ela um fenômeno complexo, cuja aplicação reflete prudência e exercício de discricção judicial. “O uso do precedente o o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano”. *Revista dos Tribunais*, n. 782, dezembro, 2000, pp. 90/91. Keith EDDEY define o *stare decisis* (to stand upon decisions) da seguinte forma: “This doctrine, in its simplest form, means that when a judge comes to try a case, he must always look back to see how previous judges have dealt with previous cases (precedents) which have involved similar facts in that branch of the law. In looking back in this way the judge will expect to discover those principles of law which are

tal como outros institutos desse sistema jurídico são oriundos de um modelo de procedimento informal, não escrito e livre. Esses institutos e modelos de procedimento existem na mente dos cidadãos e na consciência da comunidade⁴⁷¹.

A súmula vinculante ao contrário dos precedentes norte-americanos, vale pelo seu enunciado genérico e não pelos fundamentos que embasaram determinada decisão de algum Tribunal. De acordo com Castanheira Neves, “o precedente é uma concreta decisão jurisprudencial, vinculada como tal ao caso historicamente concreto que decidiu – trata-se também aqui de uma estrita decisão jurisdicional – que se toma (ou se impõe_ como padrão normativo casuístico em decisões análogas ou para casos de aplicação concretamente analógica⁴⁷²”. A súmula vinculante por sua vez, da mesma forma que o assento português⁴⁷³, se desvincula do(s) caso(s) que a originaram, ela se impõe como um texto normativo de vinculação geral e abstrata para casos futuros tal qual a lei, possui dimensão atemporal, logo duração indefinida, passando a ter validade após sua publicação na imprensa oficial. Para reforçar ainda mais essa diferença na formação entre a súmula vinculante e o precedente, recorreremos ao ensinamento de Dworkin que é enfático ao asseverar que “*a força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto peça de legislação*⁴⁷⁴”.

relevant to the case which he has to decide. The decision which he makes will thus seek to be consistent with the existing principles in that branch of the law, and may, in its turn, develop those principles a stage further”. *The English Legal System*, 3.ed. Londres: Sweet & maxwell, 1982, p. 125.

⁴⁷¹ Para mais detalhes cf. Harold J BERMAN. *Law and Revolution*, The Formation of the Western Legal Tradition. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 1983, pp. 480/481.

⁴⁷² CASTANHEIRA NEVES. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 12.

⁴⁷³ Cf. CASTANHEIRA NEVES. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 228.

⁴⁷⁴ Ronald DWORKIN. *Levando os Direitos a Sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 176. (grifamos)

Assim, o precedente se constitui como critério normativo a ser seguido em novos casos nos quais exista idêntica questão de direito, até porque se ocorrer a identidade material (fática) e a jurídica não se tratará de resolução por precedente e sim de coisa julgada⁴⁷⁵. O que não se pode perder de vista é a qualidade que os precedentes possuem no *stare decisis*, “são por um lado, invocados como *starting points* do *legal reasoning*, isto é, como *topoi* no sentido da casuística retórica, e impõem-se, por outro lado, como concepções de tipo heurístico (não conceitualmente vinculantes) da *ratio iuris* – são, pois, fundamentos normativos para um pensamento problemático e de intenção teológico concreta⁴⁷⁶”.

4.2.1 Distinção quanto ao modo de aplicação.

Neste momento, já se pode inferir a diferença do precedente para a súmula vinculante no que diz respeito ao *modo de sua aplicação*, o precedente constitui-se num critério jurídico que serve como *problematização* e fundamentação para casos análogos, cuja solução necessita de “uma ponderação material de referência concreta ou casuística, cuja solução não está logicamente pré-determinada, mas vai se constituindo através daquela ponderação⁴⁷⁷”. Já para a súmula vinculante, tal qual era para os assentos, o teor do verbete sumular tem status de entidade geral e abstrata que estabelece uma disposição de natureza legislativa para os casos concretos que ela abrange lھے vão referidos como casos da sua aplicação, casos a serem solucionados por um critério de subordinação

⁴⁷⁵ Cf. CASTANHEIRA NEVES. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 60.

⁴⁷⁶ CASTANHEIRA NEVES. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 62.

⁴⁷⁷ CASTANHEIRA NEVES. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 74.

lógico-subsuntivo⁴⁷⁸, tal qual a legislação deveria ser aplicada para a metodologia tradicional.

A súmula vinculante prescreve um enunciado literal tal como a lei, que estabelece uma solução para casos fixos e determinados, enquanto que os precedentes possuem uma maleabilidade normativa característica da ponderação de cada caso concreto. Destarte, o deslinde de um caso no regime de precedentes é muito diferente da solução de um caso por meio da súmula vinculante, este ocorre da mesma forma que ocorreria perante a lei, sobre esse ponto merece destaque a seguinte passagem de Dworkin que dispõe: *“os juízes e os juristas não pensam que a força dos precedentes se esgota, como aconteceria no caso de uma lei, devido aos limites linguísticos de uma determinada formulação”*⁴⁷⁹.

4.2.2. Distinção quanto ao alcance.

Outro ponto a ser ressaltado é a questão do *alcance* (conteúdo) da decisão do precedente e de institutos como o assento e a súmula vinculante, esta possui seu conteúdo facilmente evidenciado no texto do verbete sumular enunciado pelo STF, a súmula vinculante encerra-se da mesma forma que a legislação em um texto normativo que passa a ter validade após sua publicação, ou seja, súmula vinculante: são aqueles verbetes proferidos por dois terços dos membros do STF sobre matéria constitucional que atenda aos requisitos do art. 103 – A e seguintes da Constituição. Em contrapartida, os precedentes não são prescrições literais e abstratas no formato legislativo, o precedente deve ser identificado com o caso decidido, para se concluir qual a regra jurídica que foi formulada na Suprema Corte, toda a fundamentação utilizada na formulação do precedente precisa ser levada em conta na aplicação do precedente.

⁴⁷⁸ Conferir nesse ponto a exaustiva comparação dos assentos com os precedentes feita por CASTANHEIRA NEVES. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, pp. 71-80.

⁴⁷⁹ Ronald DWORKIN. *Levando os Direitos a Sério*, p. 174.

No sistema do *stare decisis*, muitas vezes não é pacífico o entendimento sobre qual seria o precedente, a regra jurídica, a ser aplicada aos casos análogos. Tentou-se atribuir redação legislativa aos precedentes - algo que não foi possível pela própria finalidade do instituto, uma vez que nesse sistema não se leva em conta apenas os dispositivos da decisão, mas também toda a global fundamentação que a acompanha⁴⁸⁰. Sobre essa questão faz-se necessário citarmos novamente Dworkin:

Como vimos há pouco, a interpretação das leis depende da disponibilidade de uma forma verbal canônica, por mais vaga ou imprecisa que seja, que possa colocar limites às decisões políticas que, como se atribui, tenham sido tomadas pela lei. Hércules descobrirá que muitas das opiniões que os litigantes citam como precedentes não contêm quaisquer proposições especiais que possam ser consideradas como uma forma canônica da regra estabelecida pelo caso. É verdade que, em fins do século XIX e primórdios do século XX, fazia parte do estilo judicial inglês e norte-americano tentar compor esses enunciados canônicos de modo que, dali para a frente, fosse possível referir-se, por exemplo, à regra do caso *Rylands vs. Fletcher*. Mesmo nesse período, porém, os juristas e os livros de direito divergiam sobre que parte de decisões famosas deveriam ser consideradas como possuidoras dessa característica. Hoje, em todo caso, mesmo as opiniões importantes raramente tentam chegar a essa modalidade de redação legislativa. Citam razões, em forma de precedentes e princípios que justificam uma decisão, mas é a decisão, e não alguma nova regra jurídica enunciada que esses precedentes devem justificar⁴⁸¹.

Ou seja, no sistema brasileiro a súmula vinculante sempre estará representada por um enunciado canônico (prescrição literal) ainda que vago e impreciso⁴⁸², enquanto que no sistema do *stare decisis* não por raras vezes haverá controvérsias acerca de quais partes da decisão são consideradas precedentes e assim possuem sua vinculação normativa, afinal conforme ressalta Toni M. Fine, “inicialmente se concede respeito ao precedente somente se ele for

⁴⁸⁰ Cf. CASTANHEIRA NEVES. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 78.

⁴⁸¹ Ronald DWORKIN. *Levando os Direitos a Sério*, pp. 172-173.

⁴⁸² Ver por exemplo a Súmula Vinculante n.1 *Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela lei complementar 110/2001*.

resultado de uma fundamentada e cuidadosa análise judicial baseada em um intenso contraditório exercido pelas partes⁴⁸³.

Conforme a passagem supramencionada de Dworkin, em fins do século XIX e início do século XX tentou-se uma espécie de canonização dos precedentes, ou seja, a edição de verbetes sumulares que conteriam o enunciado que representaria o precedente, contudo, isso não foi possível, posto que, essa prática contrariava a natureza da utilização do precedente, neste modelo não é apenas uma prescrição literal pronunciada pela Suprema Corte que importa e sim toda a fundamentação que envolve a decisão, assim é sempre conflituoso e passível de intensos debates o que constitui o precedente. Uma vez que, apenas será considerado precedente o que for resultado de uma fundamentada e cuidadosa análise judicial baseada em um intenso contraditório, o que não foi objeto de consideração exaustiva pelo Tribunal por meio de um intenso contraditório, não é considerado precedente e sim *dicta*⁴⁸⁴.

O *stare decisis* pela importância que concede ao precedente, garante que a aplicação do mesmo só pode ocorrer se o precedente foi fruto de um intenso contraditório e se estiver fundamentado⁴⁸⁵, do contrário será *dicta* que, “não são considerados como parte do dispositivo da decisão, porquanto tais questões podem não ter sido submetidas (devolvidas), de forma integral, à consideração do tribunal. Portanto, as partes da decisão judicial que são mero

⁴⁸³ Toni M. FINE. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano, p. 94.

⁴⁸⁴ Sobre a questão Keith EDDEY pondera: “The system of judicial precedent causes judgements to be carefully scrutinised, and one result of this is that it has been discovered long since that every judgement falls into two parts. There is first the vital reasoning which leads the judge to decide the particular issue in favour of the plaintiff or the defendant, the reason for the decision or *ratio decidendi* as it is known; and then the remainder of the judgment, which deals by way of explanation with cases cited and legal principles argued before the court, is called *obiter dicta* or things said by the way. The whole of a dissenting judgement is *obiter dicta*. It is the *ratio* of a decision, which constitutes the binding precedent; or *rationes* if there is more than one reason. So that when in case a judge is referred to a precedent, the first task of the court is to decide what was the *ratio* of that case, and to what extent it is relevant to the *dictum* is not binding, it can, if it comes from a highly respected judge, be very helpful in establishing the legal principles in the case under consideration. So important is it that a judgement should be accurately recorded that, before publication in the ‘official’ law reports, judges are asked to check for accuracy the court reporter’s version of the judgment”. *The English Legal System*, p. 129.

⁴⁸⁵ Cf. Toni M. FINE. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano, p. 95.

dicta ordinariamente não possuem valor ou efeito de precedente⁴⁸⁶”. Daí que não se pode perder de vista que o *stare decisis* é mais do que a aplicação da regra de solução análoga para casos iguais essa seria uma visão muito simplificada de um procedimento altamente complexo que por séculos se estruturou naquelas comunidades, de acordo com Harold Berman, a regra acima mencionada (*likes cases should be decided alike*) já era usada pelas *royal courts* da França e da Inglaterra o que não se confundia com o *stare decisis*. A doutrina do *stare decisis*, em sua acepção técnica surgiu apenas mais tarde, mediante uma sistematização das decisões, que distinguia a elaboração/construção (*holding*) do caso que consistiria no precedente e seria vinculante para casos futuros, e o *dictum* que consistia na argumentação utilizada pelo corte dispensáveis à decisão e desse modo, não eram vinculantes. Nas suas exatas palavras:

this was not a doctrine of precedent in the technical sense; that came much later, with the systematic reporting of cases and the development of the distinction between the ‘holding’ of a case, which was binding in future similar cases, and ‘dictum’ (or ‘obiter dictum’), which consisted of reasons given by the court that were not necessary to the decision and therefore not binding in future similar cases⁴⁸⁷.

Por sua vez, a súmula vinculante possui sua força em razão da autoridade que a promulga, a prescrição legislativa que o STF formula passa a valer após sua publicação com força de lei (geral-abstrata e para o futuro) independentemente dos casos que a embasaram como também não a acompanham os fundamentos dos acórdãos que a originaram. Sem dizer que não apenas a Suprema Corte, mas também, os tribunais inferiores podem produzir precedentes que podem futuramente, ser revogados pela Suprema Corte, no regime brasileiro apenas o STF pode emitir súmulas vinculantes.

Neste item ainda é importante destacar que a súmula vinculante ao ser exclusividade do STF tem por intuito evidenciar a interpretação constitucional que o STF entenda adequada para determinado dispositivo legal,

⁴⁸⁶ Toni M. FINE. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano, p. 94.

⁴⁸⁷ Harold J BERMAN. *Law and Revolution*, p. 479.

ou seja, a interpretação constitucional é objeto das súmulas, enquanto que no regime do *stare decisis* a partir da dissidência no caso *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, ressaltou-se que o sistema do *stare decisis* deveria ser aplicado com menor força nas causas de direito constitucional que as de direito comum. Isto porque não existiria instituição capaz de corrigir os possíveis erros da Corte Suprema. A própria Corte Suprema afirmou que apesar do *stare decisis* ser a pedra angular do sistema legal, ele tem menor poder nos casos constitucionais. Há quem (*Attorney General* [Procurador Geral] Charles Cooper) defenda inclusive sua abolição⁴⁸⁸.

4.2.3 Distinção quanto à teleologia.

Outro ponto que merece destaque é no que diz respeito à *teleologia* dos precedentes no sistema do *stare decisis* em razão de sua gênese. Primeiramente, cumpre salientar que a doutrina dos precedentes surgiu antes de tudo como uma arma para defender a independência judicial e limitar os poderes do rei, e num segundo momento sua *ratio essendi* passou a ser a de assegurar a previsibilidade das decisões judiciais⁴⁸⁹. Essa constatação é demasiado importante para compreender a importância que os precedentes possuem no *stare decisis*, uma vez que concede aos juízes maior controle sobre a interpretação e aplicação da lei e ainda concede um poder enorme ao Judiciário de influência sobre o futuro no que se refere a casos ainda não decididos⁴⁹⁰. O *stare decisis* é construção histórica da tradição jurídica dos países da *common law*, arraigada na consciência dessas comunidades, seu surgimento não ocorreu mediante uma alteração legislativa ou por emenda à Constituição, sua importância é ressaltada por Tribe porque a fidelidade ao precedente é parte de uma concepção do Judiciário como uma fonte impessoal e racional de

⁴⁸⁸ Cf. Laurence H. TRIBE. *American Constitutional Law*, 3.ed., New York: Foundation Press, 2000, p. 247.

⁴⁸⁹ Eduardo SODERO. Sobre el cambio de los precedentes, in: *Isonomia*, n. 21, octubre, 2004, p. 225

⁴⁹⁰ Cf. Toni M. FINE. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano, p. 91.

juízos. Na verdade, porque a Corte Suprema é principal instituição contra-majoritária encarregada de proteger os direitos individuais de excessos da democracia⁴⁹¹.

De maneira contrária, os assentos portugueses e as instruções normativas dos Tribunais Socialistas da extinta União Soviética são os instrumentos mais próximos (mormente os assentos) às atuais súmulas vinculantes brasileiras, contudo, esses institutos ao contrário dos precedentes não surgiram primeiramente para diminuir o poder do rei e posteriormente, proporcionar segurança jurídica, pelo contrário, suas formulações são características de Estados autoritários⁴⁹² nos quais os três poderes não possuem autonomia nem distinção de funções, cuja principal meta não é simplesmente assegurar a segurança jurídica e proporcionar tratamento isonômico aos jurisdicionados mas sim de garantir uma forte instrumento a serviço do poder executivo que já *controla* em grande parte o legislativo por medidas provisórias, *controlar* o Poder Judiciário⁴⁹³.

⁴⁹¹ Laurence H. TRIBE. *American Constitutional Law*, p. 244.

⁴⁹² Tanto é que o jurista João Carlos PESTANA DE AGUIAR indica a origem autoritária da súmula vinculante: “alterando o art.119, I, L da CF de 67/69, dispôs a Emenda acima competir ao STF processar e julgar originariamente a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual. Eis aí, em nosso direito positivo constitucional, o embrião da atualmente cogitada súmula vinculativa ou vinculante, esta com pretensão alcance amplo para matéria constitucional e infraconstitucional, aquele, pela nada recomendável espuriedade de sua origem. Se a liberdade de julgar fora, naqueles tempos de repressão ao comunismo, considerada como um excesso comprometedor da ordem constituída então vigente, servia aquela ‘interpretação’, forcejada e aliada à súmula obrigatória, como meio da coibição de qualquer suposto extremismo. Hoje isso seria um sombrio passado, não estivesse surgindo, no seio da reforma constitucional, a pretensão regulamentação dessa mesma idéia de, agora sob o pretexto ser um mecanismo para reduzir a multiplicação de processos, se manifestar, engessar, robotizar ou desprezar toda a magistratura nacional, exceto aquela elitizada que editará as súmulas, assim também se mumificando, envolvendo ou estereotipando a jurisprudência nacional”. O receio do jurista se concretizou com a Emenda Constitucional n. 45, esse é um dos motivos que reforçam a necessidade de se admitir o controle difuso de constitucionalidade do teor da súmula vinculante. João Carlos PESTANA DE AGUIAR. A súmula vinculante como um retrocesso perante a histórica evolução da jurisprudência, in: *Revista dos Tribunais*, n. 773, pp. 38/39.

⁴⁹³ Sobre o controle do Legislativo pelo Executivo por meio de medidas provisórias e a crise constitucional que isso acarreta ver Paulo BONAVIDES. *Do País Constitucional ao País Neocolonial: A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 103/107. Sobre os instrumentos autoritários do regime socialista conferir CASTANHEIRA NEVES. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 668. Esse risco do Supremo declarar medidas com caráter vinculante em prol do Poder Executivo em detrimento das garantias do jurisdicionado tem como exemplo emblemático a Ação Declaratória de Constitucionalidade número 4, proposta pelo Presidente da República cujo objeto

Essa confrontação da gênese desses institutos permite compreender ao menos uma das razões que diferenciam a teleologia dos precedentes e de instrumentos como a súmula vinculante, afinal os primeiros renovam o sistema enquanto as últimas o engessam, isto porque os precedentes surgiram para fortalecer o Judiciário diante do rei, enquanto que a súmula vinculante serve para romper com a autonomia do Judiciário na medida em que compromete a independência decisória dos juízes. Nas palavras de Castanheira Neves, “a vinculação por precedentes na *common law*, longe de ser uma vinculação de fixidez e definitiva, traduz antes o sábio dúctil equilíbrio, praticamente conseguido, entre estabilidade e a continuidade jurídicas, por um lado, e a abertura e a liberdade jurisdicionais, por outro lado, através da vinculação com as possibilidades do *distinguishing* e do *overruling*⁴⁹⁴”. Laurence Tribe, constitucionalista norte-americano, é enfático ao dispor que o *stare decisis* é apesar de tudo um comando flexível⁴⁹⁵. No mesmo sentido se manifesta Eduardo Sodero ao dissertar que todo precedente se constrói com uma pretensão de correção, nunca podendo ter uma exatidão absoluta no sentido de que seja tanto definitiva como válida para todos os tempos. Nunca é definitiva porque a incontável variedade e a contínua mudança das relações da vida põem constantemente quem aplica as normas diante de novas questões⁴⁹⁶.

foi o art.1 da L. 9.494 de 1997, nessa ação, “o plenário do Supremo Tribunal deferiu, em parte, o pedido de medida cautelar, para suspender, com eficácia *ex nunc* e com efeito *vinculante*, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada, contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art.1º da Lei 9.494, de 10 de setembro de 1998, sustando, ainda, com a mesma eficácia, os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias já proferidas contra a Fazenda Pública (...) Discutível ou não a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal conceder medidas cautelares em sede de ação declaratória de constitucionalidade, o que se tem, como consequência, no mundo da vida, é que, a partir de então, tornou-se impossível por exemplo, via tutela antecipada, buscar o fornecimento de remédios e tratamentos de saúde de qualquer tipo (...) Observe-se que a lei 9.494 originou-se de medida provisória, transformada em lei, os juízes – no controle difuso de constitucionalidade – deixavam de aplicar o art.1º em face de sua flagrante inconstitucionalidade.”. Lenio Luis STRECK. *Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função*, 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp. 142/143.

⁴⁹⁴ CASTANHEIRA NEVES. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 669.

⁴⁹⁵ Laurence H. TRIBE. *American Constitutional Law*, p. 243.

⁴⁹⁶ Eduardo SODERO. Sobre el cambio de los precedentes, p. 227.

4.2.4 Distinção quanto ao âmbito de vinculação.

Destarte, no que diz respeito à teleologia, fica evidente que na evolução histórica, os precedentes surgiram para garantir maior poder ao Judiciário frente ao rei na interpretação das leis, desse modo, o precedente ao contrário de apenas garantir segurança jurídica, até porque ele é ponto de partida para as discussões dos novos casos, ou seja, ele os problematiza e não os soluciona de maneira lógico-subsuntiva como pretende a legislação e a súmula vinculante. O precedente dinamiza o sistema jurídico não o engessa isto porque a interpretação do precedente tem que levar em conta a totalidade do ordenamento jurídico e toda a valoração e a fundamentação que o embasaram, assim sempre que ele for a base de uma nova decisão seu conteúdo é passível de um ajuste jurisprudencial, tanto é que Keith EDDEY assevera que:

the main advantages of the doctrine are that it leads to consistency in the application and development of the principles in each branch of the law, and by virtue of this characteristic it enables lawyers to forecast with reasonable certainty what the attitude of the courts is likely to be to a given set of facts. The system is flexible in that it can find an answer to any legal problem, and it is essentially practical in that the courts are perpetually dealing with actual circumstances⁴⁹⁷.

Tanto é que de acordo com Eduardo SODERO, todo juiz chamado a decidir um caso cuja matéria tenha sido decidida em sentenças anteriores pode e deve submeter os precedentes a teste de fundamentação racional e decidir independentemente, segundo sua convicção formada em sua consciência, para tanto, o juiz não deve aceitar cegamente o precedente⁴⁹⁸.

Dessa forma, fica evidente que a regra de vinculação por precedentes do *stare decisis* não é inexorável, ao contrário da vinculação idealizada pelo Emenda Constitucional n. 45, que permite a cassação de toda a decisão judicial por meio de reclamação ao STF, conforme teor do parágrafo terceiro do art. 103 – A da CF, a vinculação proposta é tamanha que da maneira

⁴⁹⁷ Keith EDDEY. *The English Legal System*, p. 129.

⁴⁹⁸ Eduardo SODERO. Sobre el cambio de los precedentes, pp. 227/228.

como foi aprovada não permite nenhuma ponderação racional ou ajuste jurisprudencial pelos juízes, a ponto de sem nenhum exagero podermos afirmar que a súmula vinculante no Brasil tem a pretensão de apreender a razão.

Por fim, cumpre mencionar a distinção hierárquica existente entre a súmula vinculante que tem pretensa colocação superior à própria lei e o precedente que fica subordinado à legislação. De acordo com Hart, “No nosso sistema, o costume e o precedente estão subordinados à legislação, dado que as regras consuetudinárias e de *common law* podem ser privadas do seu estatuto jurídico por uma lei parlamentar [statute]⁴⁹⁹”. Em nosso sistema, a súmula vinculante foi instituída para ter grau hierárquico superior ao da legislação, essa deturpação deve ser corrigida com a possibilidade de se viabilizar o controle difuso de constitucionalidade da súmula, tal como demonstramos.

4.3 A súmula vinculante e sua similaridade com os assentos portugueses: ambos prescrições de natureza legislativa.

De acordo com José de Oliveira Ascensão:

ao assento se referia o próprio capítulo das fontes do direito do Código Civil português, embora evitando um compromisso quanto à natureza deste. Dizia-

⁴⁹⁹ Herbert HART. *O conceito de direito*, 3.ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 112. Prossegue o autor afirmando que:” Seja qual for o estatuto dotado de autoridade que uma regra extraída de um precedente possa ter, é compatível com o exercício pelos tribunais por ela vinculados dos dois tipos seguintes de atividade criador ou legislativa: por um lado, os tribunais que decidem um caso posterior podem cegar a uma decisão oposta à contida num precedente, através da interpretação restritiva da regra extraída do precedente e da admissão de alguma exceção a ela que não foi antes considerada ou, se foi considerada, foi deixada em aberto. Este processo de ‘distinção’ do caso anterior implica a descoberta de alguma diferença juridicamente relevante entre aquele e o caso presente, e o número destas diferenças nunca pode ser determinado exaustivamente. Por outro lado, ao seguir um precedente anterior, os tribunais podem afastar uma restrição descoberta na regra, tal como foi formulada a partir do caso anterior, com o fundamento de que tal restrição não é exigida por qualquer regra estabelecida por lei ou por precedente anterior. Fazer isto significa ampliar a regra. Não obstante estas duas formas de actividade legislativa deixadas em aberto pela força vinculativa do precedente, o resultado do sistema inglês do precedente constitui um produzir, pelo seu uso, um corpo de regras, das quais um grande número, quer de maior, quer de menor importância, é tão preciso como qualquer regra legislada. Só podem agora ser alteradas por lei, uma vez que os próprios tribunais o declaram frequentemente em casos cuja boa fundamentação parece correr em sentido oposto ao das exigências dos precedentes estabelecidos”, *O conceito de direito*, p. 148.

se que, nos casos declarados na lei, podiam os tribunais fixar, por meio de assento, doutrina com força obrigatória geral (art.2). Vê-se em todo o caso que a fonte do direito resultaria de uma fixação feita pelo tribunal⁵⁰⁰. Atualmente, os assentos foram revogados em Portugal, “após a revogação do art.2 do Código Civil, o Ac. nº 743/96 de 28 de maio, do Tribunal Constitucional, declarou com força obrigatória geral a inconstitucionalidade daquele preceito, por violação do art.115/2 da Constituição. Com a reforma do Código de Processo Civil de 1995, os assentos foram substituídos pelo ‘julgamento ampliado de revista’(arts.732 – A e 732 - , no plano civil⁵⁰¹”.

A súmula vinculante é um instituto semelhante ao assento português definido acima⁵⁰², uma vez que, a súmula ao prescrever uma solução jurídica de maneira geral para casos futuros, possui uma vinculação que não é a histórico-concreta própria do caso julgado, que seria a coisa julgada *erga omnes*, prevista no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, nem a vinculação analógica e difus\ do regime dos precedentes, contudo sua vinculação é genérico-abstrata própria de um pensamento jurídico lógico e normativista⁵⁰³.

A súmula vinculante, da mesma forma que o assento português, se desvincula dos julgados que a formaram, passa a ter autonomia, vale seu enunciado por si somente, por consequência, passa a ter vigência sem ligação concreta com os casos que a originaram, se impõe como um texto normativo com autonomia formal para seu conteúdo abstrato, a ser aplicado a casos futuros, não sendo passível de mutações históricas porque vale o que está prescrito na súmula, assim, sua autonomia objetivamente abstrata “permite-lhes uma

⁵⁰⁰ José de Oliveira ASCENSÃO. *O Direito Introdução e Teoria Geral*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 337.

⁵⁰¹ José de Oliveira ASCENSÃO. *O Direito Introdução e Teoria Geral*, pp. 338-339. V. também CASTANHEIRA NEVES. *O Problema da Constitucionalidade dos Assentos: comentário ao Acórdão n.º 810/93 do Tribunal Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

⁵⁰² Essa comparação é feita por Lenio Luis STRECK. *Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função*, pp. 267/274.

⁵⁰³ Cf. CASTANHEIRA NEVES. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 91.

subsistência intencionalmente também abstrata prevalece-se dessa sua natureza lógico-significativamente atemporal e adquire duração indefinida⁵⁰⁴”.

Portanto, para finalizarmos as semelhanças entre a súmula vinculante e o regime dos assentos bem como concluir assim pela sua natureza legislativa, citaremos a passagem de Castanheira Neves, cujo teor, se aplica inteiramente às súmulas vinculantes do direito brasileiro assim:

uma *prescrição* jurídica (imperativo ou critério normativo-jurídico obrigatório) que se constitui no modo de uma *norma geral e abstrata*, proposta à *pré-determinação normativa* de uma *aplicação futura*, susceptível de garantia a *segurança e a igualdade jurídicas*, e que não só impõe com a força ou eficácia de uma *vinculação normativa universal* como se reconhece legalmente como carácter de *fonte do direito*, que tipo de entidade dogmático-jurídica manifesta?⁵⁰⁵.

Não há como negar que todas as características acima elencadas para os assentos têm total relação com o nosso regime de súmulas vinculantes, assim, fazemos eco com a resposta de Castanheira Neves para a pergunta acima, cremos “não haver dúvidas: no conjunto destas determinações não pode deixar de ver-se a natureza de uma *disposição legislativa*⁵⁰⁶”.

Outro argumento irretorquível acerca da natureza legislativa da súmula vinculante é o fato de que este instituto ao contrário das decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade, que não podem ser impugnadas, alteradas ou revogadas em razão da estabilidade da coisa julgada, a súmula vinculante em decorrência de sua natureza legislativa pode ser revogada ou revisada. A característica essencial da legislação é que o legislador pode revogar ou substituir por outra em sentido até contrário (*lex posterior derogat...*),

⁵⁰⁴CASTANHEIRA NEVES. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 228. Em nosso ordenamento a súmula vinculante tem vigência até que sua revisão ou cancelamento (art. 103 – A § 2.º da CF) seja proposta por um dos legitimados do art. 3.º da L 11417/06.

⁵⁰⁵CASTANHEIRA NEVES. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 315. (*itálicos do original*)

⁵⁰⁶CASTANHEIRA NEVES. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 315. (*grifamos*)

efetivamente a revogabilidade das leis é um princípio inerente ao conceito de legislação, essa revogabilidade não existe no âmbito da jurisdição em razão da coisa julgada⁵⁰⁷.

Esse argumento reforça o caráter legislativo da súmula vinculante que pode ser revogada ou revisada a qualquer momento por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103 – A § 2.º da CF) e de ofício pelo próprio STF (art. 5.º da L 11417/06). Não se admitir a natureza legislativa da súmula vinculante implica em caracterizá-la como ato jurisdicional com a característica da imutabilidade do caso julgado, contudo a súmula vinculante em nosso ordenamento tem vigência até que sua revisão ou cancelamento (art. 103 – A § 2.º da CF) seja proposta por um dos legitimados do art. 3.º da L 11417/06, a revogabilidade que é característica essencial da legislação está presente também no procedimento de revisão da súmula vinculante, reforçando, desse modo, a natureza legislativa desse instituto.

4.4 Súmula vinculante: seu controle difuso de constitucionalidade e a leitura constitucionalmente adequada da CF 103-A § 3.º.

Neste item do trabalho será examinada a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade de súmula vinculante⁵⁰⁸, proporcionando uma interpretação constitucionalmente adequada à CF103 – A § 3.º que instituiu um teratológico paradoxo em nossa ordenança perante a qual a lei não vincula a

⁵⁰⁷ Rui MEDEIROS. *A Decisão de Inconstitucionalidade*, p. 803.

⁵⁰⁸ Para a promulgação da súmula vinculante, de acordo com a melhor doutrina são necessários os seguintes requisitos: a) a tese jurídica que se quer afirmar em verbete da súmula vinculante tem de dizer respeito a norma constitucional; b) o objeto do verbete tem de ser a validade, a interpretação ou a eficácia de norma constitucional; c) controvérsia atual entre órgãos do Poder Judiciário ou entre eles e a administração pública, interpretação ou eficácia da norma constitucional questionada; d) risco de grave insegurança jurídica; e) relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica acarretada pela controvérsia a respeito de norma constitucional adequada; f) reiteração das decisões do STF nesse sentido; g) *quorum qualificado* decisão por 2/3 dos membros do STF; h) publicação do verbete vinculante na imprensa oficial. Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de Andrade NERY. *Código de Processo Civil Comentado*, p. 667.

súmula sim. Essa anomalia é denunciada por Lenio Streck de maneira contundente:

o perigo representado pela institucionalização das súmulas vinculantes. Trata-se, entre outras coisas, da introdução de um paradoxo em nosso sistema jurídico: os juízes podem contrariar as leis; se o fizerem caberá recurso. O que os juízes não podem fazer é ousar contrariar as súmulas. Nesse caso, conforme a emenda à Constituição aprovada, não caberá recurso e sim, reclamação... Ou seja, em *“terrae brasilis a lei não vincula; a súmula, sim, mesmo que ela seja contrária à lei e a Constituição”*⁵⁰⁹.

4.4.1 Precedente histórico *Le Tribunal de Cassation* da Revolução Francesa.

Na tentativa de corrigir esse paradoxo investigaremos a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade de súmula vinculante, antes, porém, faz-se necessário, demonstrar o retrocesso que o sistema de controle de constitucionalidade tem sofrido no Brasil, um verdadeiro desmantelamento que iniciou-se com a introdução da Ação Declaratória de Constitucionalidade, como ensina José Ignácio Botelho de Mesquita⁵¹⁰.

Se o desmantelamento do controle de constitucionalidade iniciou-se com a introdução da ADC, a máxima quixotesca concretizou, *pois bem dizem que um mal nunca vem só, e que o fim de uma desgraça é o princípio de outra maior*⁵¹¹, foi instituída com a Emenda Constitucional n.º 45 a súmula vinculante em nosso ordenamento e o desmantelamento prosseguiu, porque o texto aprovado passou a conferir eficácia maior à súmula do que à própria lei, vez que

⁵⁰⁹ Lenio STRECK. O Efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica, p. 407.

⁵¹⁰ Ensina o citado processualista: “o primeiro passo para neutralizar os efeitos da vitória conquistada pela Constituição de 1988 consistiu na introdução no nosso sistema constitucional de uma ação contrária à ADIN: a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADCON), atribuída a um seleto grupo de não mais que quatro escolhidíssimos legitimados: o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República”.⁵¹⁰ José Ignácio BOTELHO DE MESQUITA. O desmantelamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, in: *Revista do Advogado*, n. 67, agosto, 2002, p. 88.

⁵¹¹ MIGUEL CERVANTES. *Dom Quixote De La Mancha*, São Paulo: Nova Cultural, 2002, p. 188.

esta se contrariada pelo juiz enseja recurso, se no entanto, a decisão contrariar a súmula vinculante, em conformidade com a CF103-A § 3.º, caberá reclamação para que a decisão seja cassada e outra proferida de acordo com o teor da súmula se for o caso.

Esse regime, atualmente instituído no Brasil, tem semelhança ao que existia na época da Revolução Francesa, por meio do art. 19 da Constituição de 1791, ao *Tribunal de Cassation* era vedado conhecer a fundo as questões suscitadas sua atuação se limitava a cassar a decisão recorrida e reenviava a causa ao tribunal de instância para novo julgamento, “algo que só era compreensível com fundamento naquele radical legalismo que concebia a lei tão absoluta e auto-suficiente que lhe era possível, proibir a interpretação⁵¹²”.

Esse paradigma, que em pleno século XXI, a EC 45 resgatou, no qual parece ser possível ao jurista aprisionar o tempo e impedir a interpretação da lei (súmula), o juiz passa novamente a figurar como a boca fria que profere as palavras da lei (súmula), o STF passa a agir como *Le Tribunal de Cassation*, sempre que alguma decisão contrariar o teor de uma súmula vinculante, por intermédio da reclamação, poderá ser cassada e assim reenviada para que outra decisão seja proferida em seu lugar.

Frise-se que apesar do tom contundente de nossas críticas ao instituto da súmula vinculante, não afirmamos que este instrumento jurídico por si só, traga apenas ranços de autoritarismo e anacronismo, pelo contrário, o que buscamos demonstrar é que a súmula vinculante, tal como é tratada pelo imaginário de grande parcela da doutrina jurídica, tem o condão de acarretar diversas distorções em nossa ordenança; e é justamente, o controle difuso de constitucionalidade (principalmente a interpretação conforme) que possibilitará a adequação desse instituto ao regime do Estado Democrático de Direito, expandindo assim, seus benefícios.

⁵¹² CASTANHEIRA NEVES. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 81.

4.5 A necessidade de controle difuso de constitucionalidade da súmula vinculante enquanto instrumento de natureza legislativa, sua relação com o direito de ação (CF 5.º XXXV).

Desse modo, entendemos não ser admissível que, em pleno Estado Democrático de Direito, a súmula vinculante possua maior relevo que a lei, assim, desenvolveremos a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade da súmula vinculante. Essa idéia já está presente na doutrina de Nelson Nery Junior e Rosa M. Andrade Nery ao disporem que: “como o juiz pode controlar, *in concreto*, a constitucionalidade de lei, complementar ou ordinária, ou de ato normativo contestado em face da CF, a ele é possível, também, fazer o controle da constitucionalidade de verbete da súmula vinculante do STF, que tem *caráter geral e normativo*⁵¹³”.

Essa possibilidade que passaremos a analisar, conforme, demonstramos no item anterior, a súmula vinculante é um expediente similar aos revogados *assentos* portugueses e não aos precedentes do sistema da *common law*. A súmula vinculante se *desvincula* dos casos jurídicos que a originaram, ela passa a vigor como um texto normativo de caráter formal e abstrato a ser aplicado no futuro. Ou seja, possui sua aplicação obrigatória para os processos pendentes e futuros daí sua natureza como preceito normativo geral e abstrato imbuído de força obrigatória geral análogo ao dos *assentos*⁵¹⁴.

Daí pode se asseverar, com base na obra de Castanheira Neves, de que as súmulas vinculantes têm formalmente e eficazmente uma natureza normativa, porque possuem uma eficácia de prescrição normativa almejam a

⁵¹³ NERY JUNIOR e Rosa M. A. NERY. *Constituição Federal Comentada*, coment. 14 CF 103-A, p. 532. No mesmo sentido admitindo o controle difuso de constitucionalidade de súmula vinculante ver Lenio STRECK. O Efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica, p. 429, nota '44'.

⁵¹⁴ Para essa aproximação conferir: CASTANHEIRA NEVES. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 228 e p. 274. Ver ainda: Lenio STRECK. O Efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica, pp. 414/415.

imposição de um critério jurídico para uma aplicação geral e futura, mediante o qual, obter-se-ia a segurança e a igualdade jurídica⁵¹⁵.

Dessa maneira, fica evidente a natureza de disposição legislativa que possuem as súmulas vinculantes, na medida em que são prescrições literais, a serem aplicadas no futuro, vez que, não solucionam um caso concreto, mas estabelecem um critério a ser aplicado a todos os demais casos que pelo seu enunciado possam ser compreendidos.

Destarte, uma vez evidenciada a natureza legislativa da súmula vinculante, torna-se imperioso admitir seu controle de constitucionalidade em caráter difuso (perante o caso concreto), porque do contrário admitir-se-ia que no Brasil, o juiz pode praticar o controle de constitucionalidade de uma Lei Complementar e não do teor de uma súmula vinculante, o que seria o total aniquilamento do controle difuso de constitucionalidade brasileiro, ignorando a preciosa lição de Paulo Bonavides:

a perda ou a desativação do controle difuso de constitucionalidade de leis e atos normativos, para a qual parece caminhar a jurisdição constitucional no Brasil, significará uma grave queda ou erosão da legitimidade do sistema fiscalizador, visto que, quanto mais se concentra o controle na cúpula do Judiciário, como está acontecendo, menos democrática, aberta, independente, judicial, ligada à cidadania será a jurisdição: por isso mesmo, mais vulnerável e sujeita às pressões e interferências do Poder Executivo⁵¹⁶.

Não admitir o controle concreto de constitucionalidade das súmulas vinculantes é algo desarrazoado, porque num sistema que admite o controle difuso de constitucionalidade das leis, passaria a proibir o controle difuso de constitucionalidade das súmulas vinculantes, que não poderiam ser afastadas no caso concreto de nenhuma maneira, mesmo que sua aplicação acarrete inconstitucionalidades para o caso a ser decidido, logo, não seria nenhum

⁵¹⁵ CASTANHEIRA NEVES. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 282 e p. 315.

⁵¹⁶ Paulo BONAVIDES. *Jurisdição Constitucional e Legitimidade. Estudos Avançados*, v. 18, n. 51, maio/agosto, 2004, p. 133.

exagero parafrasear a máxima *hobessiana* e afirmar que diante do atual modelo, *Autoritas non Veritas, facit Summula*.

Disparate que afrontaria o *judicial control* que é um direito fundamental⁵¹⁷ do cidadão, tanto é que Canotilho enfatiza o direito de suscitar a questão de inconstitucionalidade ou ilegalidade, asseverando que: “os particulares podem, nos feitos submetidos à apreciação de qualquer tribunal e em que sejam parte, invocar a inconstitucionalidade de qualquer norma ou a ilegalidade de actos normativos violadores de leis com valor reforçado, fazendo assim funcionar o sistema de controle da constitucionalidade e da ilegalidade numa perspectiva de *controle subjectivo*⁵¹⁸”.

O controle difuso de constitucionalidade é assegurado desde 1791 no Brasil, e corroborado pelo inciso XXXV do art.5.º da CF, *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. A impossibilidade de controlar a constitucionalidade das súmulas vinculantes perante o caso concreto, não só afrontaria o *judicial control* e o direito de ação, como ainda confrontaria a independência judicial, posto que, “a independência do tribunal ou do juiz manifesta-se como garantia de que a sentença judicial pode valer como emanção do direito e não simplesmente como acto decisionista do Estado⁵¹⁹”.

Contudo, uma objeção ainda pode ser oposta ao controle difuso de constitucionalidade da súmula vinculante, é que estas apesar de todas as características que possuem não podem ter natureza legislativa, porque são proferidas pelo Poder Judiciário, esse argumento é fulminado com base na obra de Castanheira Neves cujo ensinamento sobre o assento é plenamente adaptável ao nosso caso, assim, se entendermos que as súmulas vinculantes, “não ultrapassam o valor de instruções hierárquicas, como as ordens de serviço ‘na ordem administrativa ou burocrática’, prescritas por um autoridade a outras

⁵¹⁷ Paulino JACQUES, por exemplo, classifica o *judicial control* como um direito, liberdade civil. Cf. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 359.

⁵¹⁸ J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 493.

⁵¹⁹ CASTANHEIRA NEVES. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 104.

autoridades que lhe são subordinadas, então é o princípio da independência judicial ou da independência dos juízes no seu sentido subjetivo e comum, que vemos frontalmente preterido⁵²⁰.

Assim, ao se negar o caráter legislativo das súmulas vinculantes e a possibilidade de seu controle de constitucionalidade, ter-se-ia que admitir que elas são instruções hierárquicas obrigatórias proferidas pelo STF que teria sua função judicial pervertida, porque se converteria *numa função meramente administrativo-burocrática e executiva, onde justamente não há lugar a afirmar um princípio de independência e sim de dependência e obediência*⁵²¹.

Por conseqüência, entender, que uma súmula vinculante aplica-se, por si só não podendo sofrer nenhum controle de constitucionalidade pelo juiz ou pelos tribunais diante do caso concreto, é resgatar uma prática típica dos sistemas judiciários socialistas cujo Tribunal Superior emitia diretivas que deveriam ser plenamente seguidas, onde a função judicial era vista em termos hierarquicamente subordinados e autoritários, algo inconciliável com o Estado Democrático de Direito no qual vigora o princípio da independência decisória⁵²², importante esclarecer que nos regimes socialistas, a diretiva proferida pelo Tribunal Superior vinculava apenas os tribunais e juízes inferiores, no Brasil a súmula vinculante com a redação dada pela EC 45 vincula inclusive a administração pública e para alguns juristas⁵²³ até o próprio Poder Legislativo é

⁵²⁰ CASTANHEIRA NEVES. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 18.

⁵²¹ CASTANHEIRA NEVES. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 18.

⁵²² CASTANHEIRA NEVES. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 668. Sobre a independência decisória nos ocuparemos mais ao final este item.

⁵²³ É o que defende o jurista Cândido Rangel DINAMARCO: “quando a súmula se referir a texto constitucional, dar-se-á o mesmo sempre que este seja alterado ou abrogado. Mas, porque o que ela contém é projeção da própria Constituição Federal, não tem a *lei* o poder de alterar-lhe o significado, ou revoga-la, altera-la, prejudica-la. Ela também é, em menor uma norma constitucional”. Súmulas Vinculantes, in: *Revista Forense*, n. 434, julho/setembro, 1999, p. 65. Com a devida vênia, imaginar que o STF pudesse proferir normas constitucionais, mediante edição de Súmula, seria transformar o Supremo em Poder Constituinte, algo inconcebível em um regime democrático. O STF deixaria de ser guardião da Constituição e seria dono da legalidade, afinal seria permitido a ele fazer algo que nem o Congresso nem a própria sociedade pode, qual seja, convocar novamente o Poder Constituinte originário.

vinculado pela súmula, hipótese que consideramos incongruente com o Estado Democrático de Direito.

O regime instituído pela EC 45 admite a vinculação sumular para os casos pendentes e futuros, a súmula vinculante traz eficácia de lei (até maior), assim, seria impossível coaduná-la com nossa sistemática constitucional e com o princípio da independência decisória e o direito de ação se não admitirmos o controle difuso de constitucionalidade dessas súmulas, pelo contrário, cremos que essa é a única maneira de se admitir o regime das súmulas vinculantes, permitindo que todos os juízes perante o caso concreto, se avistarem uma inconstitucionalidade, declarem inclusive de ofício a inconstitucionalidade da súmula diante do caso concreto. Nem se pode argumentar que no sistema da *common law* é permitido uma vinculação normativa e nem por isso a estrutura Judiciário dos E.U.A passou a ser hierárquica e burocrática, até porque conforme já explanamos em item anterior, a súmula vinculante não guarda relação com o regime dos *precedents*.

Por sua vez, o juiz no regime do *stare decisis*, possui técnicas para se afastar dos precedentes são elas: o *distinguishing* e o *overruling*, No “primeiro caso, o juiz intenta evidenciar não só as semelhanças mas também os caracteres específicos que diferenciam a situação em análise; no segundo caso, rejeita a solução precedente por ser susceptível de conduzir a resultados injustos. Em ambos os casos deve fundamentar o seu afastamento da solução que constitui precedente (ônus de argumentação)⁵²⁴”.

Por isso, reafirmamos a necessidade de se admitir o controle difuso de constitucionalidade das súmulas vinculantes sob pena de infringirmos os princípios constitucionais do direito de ação e da independência decisória, e do Judiciário se transformar numa estrutura autoritária, hierarquizada e burocrática, onde não há lugar para a independência apenas para a obediência e dependência, em total confronto com o Estado Democrático de Direito presente

⁵²⁴ José LAMEGO. *Hermenêutica e Jurisprudência*, p. 216.

na CF de 1988, diante do qual os juízes são independentes⁵²⁵, mesmo que existam diversos grau de jurisdição.

4.6 A leitura constitucionalmente adequada da CF 103–A § 3.º por meio da interpretação sistemática dos princípios constitucionais da proporcionalidade, razoabilidade, primazia da lei e independência decisória dos juízes.

Todavia, de pouco adiantaria se uma decisão que exercesse o controle de constitucionalidade de uma súmula vinculante no caso concreto pudesse simplesmente sofrer os efeitos da CF 103-A § 3.º, logo, ser cassada e reenviada para que o tribunal ou o juiz que praticou o controle julgasse novamente em conformidade com o teor da súmula vinculante cuja aplicação já havia se apresentado inconstitucional. Por consequência, nesta parte, demonstraremos como a súmula vinculante por ter natureza legislativa conforme estabelecemos anteriormente, não poderia pretender possuir maior relevo que a lei, afinal, é no mínimo desarrazoado que num Estado Democrático de Direito, *e.g.*, uma sentença que controle a constitucionalidade de uma Lei Complementar seja passível de recurso (CPC 513) enquanto que se essa mesma sentença controlar a constitucionalidade de uma súmula vinculante ser passível de reclamação (CF 103-A § 3.º), podendo ser cassada. Conforme iremos expor daqui em diante, as súmulas vinculantes são textos normativos que objetivam prescrever novos critérios legais para serem aplicados futuramente pelos juízes e tribunais, tais como as leis, portarias, decretos. O que não se pode admitir é que as súmulas vinculantes por serem oriundas de uma atividade jurisprudencial do

⁵²⁵ Nesse sentido Fábio Konder COMPARATO é enfático ao estabelecer que “Diz-se que o Poder Judiciário em seu conjunto é independente, quando não está submetido aos demais Poderes do Estado. Por sua vez, dizem-se independentes os magistrados, quando não há subordinação hierárquica entre eles, não obstante a multiplicidade de instâncias e graus de jurisdição”. O Poder Judiciário no regime democrático, in: *Estudos Avançados*, v. 18, n. 51, maio/agosto, 2004, p. 151. Sobre a questão, CANOTILHO enfatiza que “a independência dos juízes tem uma dimensão externa e uma dimensão interna. A independência externa aponta para a independência dos juízes em relação aos órgãos ou entidades pertencentes ao poder jurisdicional. A independência externa, ao agir a independência do poder jurisdicional em relação aos outros poderes, pressupõe que a organização deste esteja garantida pela reserva de lei”. Ver CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 648.

STF tenham maior relevo que os demais textos normativos da ordenança jurídica⁵²⁶.

A primeira conclusão a extrairmos da obra de Castanheira Neves ao concluirmos pela natureza legislativa da súmula vinculante, é a de que esta ao ser mais um texto normativo inserto no ordenamento, deve então seguir o mesmo regime jurídico aplicável à lei, nas palavras do próprio autor: “os *assentos* enquanto normas jurídicas do sistema positivo e normas gerais e abstratas devem dar lugar aos mesmos recursos judiciais que o nosso direito prevê especificamente contra a violação, não aplicação ou incorreta aplicação das suas normas nas decisões jurisdicionais⁵²⁷”.

De imediato fica evidente a necessidade de as súmulas vinculantes enquanto mais um texto normativo do sistema jurídico, poderem ser passíveis do controle difuso de constitucionalidade e ainda essas decisões deverão ficar sujeitas ao mesmo regime recursal que as decisões que controlaram a constitucionalidade da lei, ou seja, é desproporcional e teratológico que em um Estado Democrático de Direito uma sentença que tenha feito o controle de constitucionalidade de uma lei seja passível de apelação para a instância superior enquanto um sentença que tenha exercido o controle de uma súmula vinculante seja objeto de reclamação para o STF estando este autorizado a praticar sua cassação e reenviá-la para o juízo de origem para que este profira um decisão de acordo com o teor da súmula, assim sendo, faz-se necessário adequar a CF 103-A § 3.º que da forma como foi introduzido em nossa CF, pela EC 45 padece de inconstitucionalidade como iremos demonstrar.

De acordo com o que expusemos no parágrafo anterior a primeira inconstitucionalidade a ser apontada na CF 103-A § 3.º, é a violação ao princípio

⁵²⁶ No mesmo sentido ao dissertar sobre os assentos conferir: CASTANHEIRA NEVES. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, pp. 258/260.

⁵²⁷ CASTANHEIRA NEVES. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 376. Importante mencionar que essa conclusão foi amplamente aceita na doutrina portuguesa, conforme salienta o próprio CASTANHEIRA NEVES na página já mencionada.

da razoabilidade, pois confere às súmulas vinculantes⁵²⁸, poder maior que o conferido à própria lei num Estado Democrático de Direito que se funda na primazia da lei, afinal as decisões que controlarem a constitucionalidade daquelas têm o privilégio de serem objeto de reclamação para o STF para que este as casse e determine que outra sentença seja proferida em seu lugar de acordo com o teor da súmula vinculante. Conforme já salientamos, a súmula vinculante por ser um texto normativo oriundo da jurisprudência do STF não pode ter um prestígio maior que o da própria lei, afinal a decisão que controla a constitucionalidade desta enseja recurso, a decisão que controlar a constitucionalidade da súmula também deverá ensejar o mesmo recurso, não pode ser meramente passível de uma reclamação a fim de que a decisão seja cassada para que outra seja proferida, posto que, esta prática além de afrontar o princípio da razoabilidade afronta outros princípios conforme continuaremos expondo.

Não obstante o princípio da razoabilidade ser princípios implícitos, imperioso ressaltar que a sua violação pode ser considerada até mais grave que a violação dos princípios positivados em nosso ordenamento jurídico⁵²⁹, tanto é que Nelson Nery Junior pondera que: “é mais grave violar-se um princípio não positivado, que decorre do sistema, isto é, que está acima dos preceitos normativos porque não precisa ser mencionado pela lei, do que desrespeitar-se uma norma não escrita⁵³⁰”. A inconstitucionalidade que estamos propondo faz eco ainda com a função que Mark Van Hoecke confere aos princípios implícitos que consiste em corrigir “aplicaciones de reglas que se considera que bajo ciertas circunstancias específicas pueden resultar claramente injustas, irrazonables o

⁵²⁸ Uma crítica a essa desproporcionalidade é feita por *Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função*, pp. 267/269. E atualizado com a EC 45 cf. Lenio STRECK. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica, p. 407 e p. 416.

⁵²⁹ Cf. Josef ESSER. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1961, p. 90.

⁵³⁰ Nelson NERY JUNIOR. O juiz natural no direito processual comunitário europeu, in: *Revista de Processo*, n. 101, p. 106.

inaceptables desde ciertos puntos de vista ideológicos comúnmente aceptados⁵³¹”.

O paradoxo desarrazoado e desproporcional que a EC 45 instituiu com a CF 103-A § 3.º, no qual a súmula vinculante possui maior prestígio que a lei, fere o princípio da primazia e da reserva da lei, que nas palavras de Konrad Hesse, consiste em que: “lei tem, segundo o artigo 20 da Lei Fundamental, primazia sobre todos os atos estatais restantes, porque ela se realizou sobre a base da legitimação democrática direta e em formas democráticas de formação de vontade política e porque sua primazia é pressuposto de seu efeito racionalizador e assegurador da liberdade⁵³²”.

A primazia da lei presente no artigo 20 da Lei Fundamental Alemã está positivada no art.1º, *caput* e parágrafo único e art.5º *caput*, e inciso II de nossa Carta Magna, assim é inadmissível que a súmula vinculante, no Brasil, tenha maior prestígio que a lei, a primazia da lei tem sua importância, porque apesar da Jurisdição e da Legislação exercerem tarefas ordenadoras e estabilizadoras, à Jurisdição, “falta-lhe o elemento político da legislação. Direito Judicial não nasce no processo de formação da vontade política; ele, por conseguinte, não é capaz de substituir o direito nascido no procedimento legislativo e ele não é legitimado democraticamente em medida igual com o direito decidido pelo parlamento⁵³³”.

Ocorre que com a EC 45, o *direito* nascido no Judiciário passou a ter não apenas igualdade com o nascido no parlamento e sim primazia, assim, não resta dúvida para reafirmarmos nossa conclusão no sentido de que se a lei pode ter seu controle de constitucionalidade difuso feito, com maior razão pode a

⁵³¹ Mark Van HOECKE. El uso de principios jurídicos no escritos por los tribunales, in: *DOXA*, n. 19, 1996, pp. 425/426. Por fim, para um exame acerca da possibilidade de tutela jurídica por violação a princípio jurídico cf. Ovídio BAPTISTA DA SILVA. Recurso Especial por violação de princípio jurídico, in: *Revista dos Tribunais*, n. 738, pp.100/111.

⁵³² Konrad HESSE. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 386.

⁵³³ Konrad HESSE. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 412. Para um exame do princípio da reserva da lei cf. CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pp. 701/718.

súmula vinculante, e a decisão que as promova não pode ter tratamento diferenciado, posto que a súmula não pode (não deveria) ter primazia sobre a lei, assim deve seguir mesmo tratamento que ela, o STF não pode cassar uma sentença que controlou a constitucionalidade de uma lei, que possui primazia no Estado Democrático, e exigir que outra seja proferida em seu lugar com maior razão não pode(ria) fazer isso com uma decisão que controlasse a constitucionalidade de uma súmula vinculante, o que evidencia também a inconstitucionalidade literal do art.103 – A § 3.º da CF.

Por fim, cumpre evidenciar que outro e mais contundentemente, princípio afrontado é o da independência decisória dos juízes, este princípio é positivado no art. 202 da Carta Magna Portuguesa⁵³⁴ e pode ser extraído do art. 2 e 99 *caput* da nossa CF, uma vez que ninguém pretende afirmar que uma decisão do juiz ou do tribunal que controlou a constitucionalidade de uma súmula não possa ser revista e substituída por um tribunal de instância superior, o que deve prevalecer é o fato de o juiz ou tribunal *a quo*, poder exercer com independência seu poder jurisdicional e assim se for o caso, controlar a constitucionalidade da lei ou da súmula vinculante, e após esgotar sua jurisdição, em decorrência dos seus efeitos devolutivo e substitutivo⁵³⁵ dos recursos, ao enviar a questão ao juízo *ad quem*, este pode confirmar ou modificar a decisão que controlou a constitucionalidade da súmula vinculante, entretanto, a CF 103-A § 3.º admite a possibilidade de que a sentença, por exemplo, que tenha controlado a constitucionalidade da súmula vinculante não seja passível de apelação e sim de reclamação, aí que está a violação ao princípio da independência decisória dos juízes, porque o STF diante da reclamação cassa a sentença que exerceu o controle de constitucionalidade e a reenvia para o juízo que a proferiu e impõe que este agora decida não de maneira independente, mas sim que profira novo julgamento vinculado ao ponto de vista do STF presente no teor da súmula vinculante que havia tido sua constitucionalidade declarada no caso concreto, em total afronta ao princípio da independência decisória dos juízes cujo conteúdo “consiste no facto de o magistrado exercer a função de julgar segundo a lei, sem

⁵³⁴ Cf. CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 647.

⁵³⁵ Para um exame aprofundado a respeito dos efeitos dos recursos conferir: Nelson NERY JUNIOR. *Teoria Geral dos Recursos*, 6.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 428/488.

sujeição a *ordens ou instruções*, salvo o dever de acatamento dos tribunais inferiores em relação às decisões dos tribunais superiores, proferidas via de recurso⁵³⁶”.

Portanto, a CF 103-A § 3.º da CF apresenta-se inconstitucional no seu teor literal⁵³⁷, porque também agride o princípio da independência decisória dos juízes, afinal o juiz não deve ao julgar estar sujeito a ordens ou instruções, sua vinculação é à lei, mais precisamente ao direito, o que não impede que sua decisão seja substituída por instâncias jurisdicionais superiores, desde que, o juiz tenha esgotado sua jurisdição e que esta substituição tenha sido feito por via de recurso, o que não se pode admitir é que um juiz que sentenciou e aplicou o controle de constitucionalidade de uma súmula vinculante, tenha sua sentença passível de reclamação para que seja cassada e reenviada para que o magistrado profira outra vinculada ao teor da súmula, essa exigência não é compatível com o Estado Democrático de Direito, afinal, conforme enfatiza Canotilho, “qualquer relação hierárquica no plano da organização judicial não poderá ter incidência sobre o exercício da função jurisdicional⁵³⁸”.

Diante do exposto, dúvidas não restam acerca da inconstitucionalidade literal da CF 103-A § 3.º, assim, uma sentença que declare a inconstitucionalidade de uma súmula vinculante para o caso concreto, não pode ser simplesmente cassada pelo STF e reenviada para que outra seja proferida em seu lugar, porque conforme explicitamos, essa prática fere os princípios da razoabilidade, primazia da lei e da independência decisória dos juízes. Assim sendo, essa sentença deve seguir a mesma cadeia recursal daquela que exercesse o controle difuso de constitucionalidade de uma lei, assim, se for

⁵³⁶ CASTANHEIRA NEVES. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, p. NEVES, p. 19. (*itálicos do original*) (*grifamos*).

⁵³⁷ Sem falar do § 1.º do art. 7.º da L 11417/2006 que apenas admite a reclamação contra omissão ou ato da administração pública após esgotamento das vias administrativas, privilégio desarrazoado para a Administração que ajuda a desnudar o caráter autoritário e burocrático do instituto conforme denunciemos, da maneira que está disposto a reclamação para garantir a aplicação da súmula vinculante parece estar moldado para satisfazer de forma célere os designios do Poder Executivo, algo constante diante do paradigma estatalista que se estrutura e funciona a jurisdição atualmente.

⁵³⁸ J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 674.

proferida por um juiz de primeiro grau será passível de apelação, e se for o caso à apreciação do incidente de declaração de inconstitucionalidade (CPC 480), esse é o entendimento que se concilia inclusive com a reserva de jurisdição prevista no art. 97 da CF.

A principal objeção a ser confrontada com nossa proposta, ainda que de caráter utilitarista, é a rápida tramitação do processo, contudo, ao se permitir que uma sentença controle a constitucionalidade do teor da súmula vinculante, privilegia-se a particularidade e a singularidade do caso concreto, sem perder de vista o ensinamento de Canotilho, “a aceleração da protecção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instâncias excessiva) pode conduzir a uma justiça pronta mas materialmente injusta⁵³⁹”. E ao permitir que esta sentença seja objeto da cadeia recursal e não de simples reclamação, essa mesma sentença chegará ao STF, por via recursal, que aí não poderá mais simplesmente cassá-la e sim precisará apreciá-la a fundo, e proferir sentença que a substitua, e se ainda for o caso cancelar o teor da súmula que repercute de maneira inconstitucional, nossa proposta ainda carrega a vantagem de possibilitar ao cidadão uma maneira ainda que reflexa de provocar a revisão da súmula vinculante, vez que, não está previsto entre os legitimados do art. 3.º da L 11471/2006, e assim o sistema jurídico não correrá, ou correrá risco menor de estagnar-se na ilusão de controlar a interpretação jurídica e aprisioná-la ao passado, obstando a evolução jurisprudencial que a atividade hermenêutica propicia.

⁵³⁹ J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 487. (grifamos)

Capítulo 5. A coisa julgada diante da declaração de inconstitucionalidade da lei.

A relação entre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade e a intangibilidade da coisa julgada constitui assunto complexo que possui diversas polémicas em seu bojo.

O intuito do vertente capítulo consiste tão somente em investigar a relação da coisa julgada com o Estado Democrático de Direito em três pontos específicos: a intangibilidade da coisa julgada em razão do efeito *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade; a inconstitucionalidade do CPC 475-L § 1.º e 741 par. ún., e por fim, a relação existente entre a teoria favorável à relativização da coisa julgada e o estado de exceção de Giorgio Agamben.

5.1 O efeito retroativo a intangibilidade da coisa julgada.

A Constituição Portuguesa em seu art. 282 3.º prevê expressamente, a intangibilidade da coisa julgada. No direito português, existe previsão expressa pela intangibilidade do caso julgado. Assim, a coisa julgada material formada sob a égide de lei, posteriormente, declarada inconstitucional, não é nula nem rescindível⁵⁴⁰.

A declaração de inconstitucionalidade não retroage e atinge a formação do caso julgado, “em sede do Estado de direito, o princípio da intangibilidade do caso julgado é ele próprio um princípio densificador dos princípios da garantia da confiança e da segurança inerentes no Estado de direito⁵⁴¹”.

Rui Medeiros também defende a preservação do caso julgado, isso porque, a nulidade da lei não envolve necessariamente, a nulidade dos atos

⁵⁴⁰ J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 985.

⁵⁴¹ J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 985.

de aplicação da lei, a ressalva dos casos julgados constitui, ainda uma forma de assegurar a primazia da ordem constitucional⁵⁴².

No mesmo diapasão, Blanco de Moraes afirma que a coisa julgada impede que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade incidam sobre a situação jurídica acobertada pela coisa julgada, obstando, ainda, que a mesma situação passe a ser regida por direito revogado que seria reprimado como consequência da referida decisão. A preservação do caso julgado implica uma exceção à plenitude aplicativa do critério da imediatividade. Essa intangibilidade é exigência do princípio da segurança jurídica⁵⁴³.

Em sentido oposto, Paulo Otero critica a intangibilidade do caso julgado, afirmando que o princípio da imodificabilidade do caso julgado foi pensado para decisões judiciais conformes com a Constituição; logo, a imodificabilidade do caso julgado apenas pode concorrer em pé de igualdade com o princípio da constitucionalidade dos atos jurídico-públicos quando essa imodificabilidade ou insindicabilidade seja consagrada constitucionalmente, tal como sucede, por exemplo, com as situações constantes do artigo 283 n.º 3 da Constituição. Nas demais situações, o princípio da imodificabilidade do caso julgado não tem força suficiente para limitar ou condicionar o princípio da constitucionalidade das decisões⁵⁴⁴.

A Constituição brasileira não possui regra tão expressa quanto à portuguesa, está assegurada na CF 5.º XXXVI *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*. Nelson Nery Junior ensina que a manifestação do Judiciário, no Estado Democrático de Direito, faz-se por intermédio do instituto da coisa julgada, ou seja, ela constitui elemento de existência do Estado Democrático de Direito⁵⁴⁵.

⁵⁴² Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 550.

⁵⁴³ BLANCO DE MORAIS. *Justiça Constitucional*, t. II, p. 225.

⁵⁴⁴ Paulo OTERO. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, p. 120.

⁵⁴⁵ Nelson NERY JUNIOR. *Princípios do Processo Civil na Constituição*, p. 51.

Por ser instrumento de pacificação social, quando existe a coisa julgada as partes devem se submeter à sua autoridade, independentemente do resultado da sentença. Assim, quando se fala de intangibilidade do caso julgado, não se deve dar tratamento inferior, de mera figura do processo civil, regulada por lei ordinária, mas ao contrário, impõe-se o reconhecimento da coisa julgada com a magnitude constitucional que lhe é inerente, ou seja, de elemento formador do Estado Democrático de Direito⁵⁴⁶.

Dessa forma, adotamos o posicionamento apresentado por Nelson Nery Junior, asseveramos que a coisa julgada constitui garantia constitucional bem como manifestação do Estado Democrático de Direito. Por consequência, a coisa julgada não pode ser atingida pelos efeitos retroativos da lei considerada inconstitucional, mesmo que não exista regra expressa idêntica à Constituição Portuguesa. Com efeito, a função judicial de defesa da Constituição seria completamente inútil e, portanto, fracassaria, se não fosse o respaldo proveniente da aplicação e efetividade da coisa julgada⁵⁴⁷.

O próprio princípio da segurança jurídica assegura a intangibilidade da coisa julgada. Häberle pondera que a segurança jurídica é elemento central do Estado de direito. Do princípio da segurança jurídica derivam a questão da retroatividade das leis, validade dos atos administrativos, auto-sujeição da administração pública aos requisitos da publicidade e à coisa julgada. O que esses aspectos têm em comum é assegurar a função estabilizadora do Estado de direito. A origem de todas essas garantias é a idéia da proteção da confiança, inclusive em última instância a idéia de justiça⁵⁴⁸.

Assim sendo, não é possível coadunar com os teratológicos julgados que desconsideram a coisa julgada porque, ela pretensamente, violaria os princípios da moralidade pública e da razoabilidade. No sentido que criticamos,

⁵⁴⁶ Nelson NERY JUNIOR. *Princípios do Processo Civil na Constituição*, p. 60.

⁵⁴⁷ José Gregorio HERNÁNDEZ GALINDO. Cosa juzgada y control de constitucionalidad, in: *Estudios em homenagem a Héctor Fix-Zamudio*, t. V, Juez y Sentencia constitucional, Mexico: Marcial Pons, 2008, p. 433.

⁵⁴⁸ Peter HÄBERLE. *El Estado constitucional*, Buenos Aires: Editorial Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007, p. 361.

o Min. Jose Delgado já justificou seu voto afirmando que “os valores absolutos, da legalidade e da moralidade e justiça estão acima do valor da segurança jurídica. Aqueles são pilares, entre outros que sustentam o regime democrático, de natureza constitucional, enquanto esse é valor infraconstitucional oriundo de regramento processual⁵⁴⁹”.

De nossa parte, tal como ensina Vitalino Canas, entendemos que a intangibilidade da coisa julgada existe em decorrência da necessidade de se garantir segurança e certeza ao direito. É justamente a coisa julgada que assegura num grau máximo esses princípios aos litigantes diante do caso concreto. Enquanto não se opera a coisa julgada, existe ainda uma situação de relativa incerteza, logo, uma lei retroativa que incida sobre essa situação não lesará tão gravemente as exigências do ordenamento, como lesaria se ultrapassasse os casos julgados⁵⁵⁰.

A coisa julgada espelha uma das características da função jurisdicional que a contrapõe à função legislativa. Esta última se caracteriza pela autoreversibilidade, no sentido de que qualquer ato legislativo pode ser sempre modificado, suspenso ou revogado por outro ato legislativo, o Judiciário, por sua vez, não pode modificar a sentença depois de proferida, e o ato jurisdicional, ao serem esgotados os recursos, estabiliza-se definitivamente na ordem jurídica⁵⁵¹.

Merece destaque o entendimento de Isabel Alexandre ao afirmar que a tutela do caso julgado, mesmo que não encontrasse fundamento na Constituição portuguesa, sempre poderia assentar no artigo 6.º § 1.º da Convenção Européia dos Direitos do Homem⁵⁵², nesse aspecto, merece destaque

⁵⁴⁹ STJ, 1.ª T., REsp 554402-RS, voto do Min. José Delgado, j. 21.9.2004, m.v., DJU 1.2.2005, p. 410.

⁵⁵⁰ Vitalino CANAS. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, pp. 65/66.

⁵⁵¹ Isabel ALEXANDRE. O caso julgado na jurisprudência constitucional portuguesa, in: *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, v. I, Coimbra: Coimbra Ed., 2003, p. 37.

⁵⁵² “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a

o acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 20 de julho de 2000 [caso *Antonetto c. Itália*], no qual se decidiu que a inexecução, durante largos anos, de decisão transitada em julgado violava aquele direito⁵⁵³.

No Brasil, a intangibilidade da coisa julgada sofre um reforço, tal como ensina Luiz Guilherme Marinoni, uma vez que, no sistema em que todo e qualquer juiz tem o dever-poder de controlar a inconstitucionalidade da lei, “nulificar a sentença transitada em julgado que se fundou em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal significa retirar do juiz ordinário o próprio poder de realizar o controle difuso de constitucionalidade⁵⁵⁴”.

5.2 A coisa julgada ainda não executada. A (in) constitucionalidade do CPC 475-L § 1.º e 741 par. ún.

Os dispositivos, postos na epígrafe deste item, permitem a desconstituição do título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Para parcela dessa doutrina, esses dispositivos seriam aplicáveis porque sua incidência não implicaria em desconstituição da coisa julgada, uma vez que esta nem existiria.

Araken de Assis ao comentar o tema entende que o CPC 741 par. ún. atua no plano da eficácia do caso julgado, apagando o efeito executivo da

totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça”.

⁵⁵³ Isabel ALEXANDRE. O caso julgado na jurisprudência constitucional portuguesa, p. 36.

⁵⁵⁴ Luiz Guilherme MARINONI. *Coisa julgada inconstitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 21/22.

condenação, tornando inadmissível a execução. Entende o renomado processualista, que esse dispositivo pode ser aplicado após o trânsito em julgado. Admitindo que o referido artigo, tornou *sub conditione* a eficácia da coisa julgada do título judicial, logo, a coisa julgada, em qualquer processo, adquiriu a incomum característica de ser *sub conditione*, ou seja, a qualquer momento se for pronunciada a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em que se baseou o pronunciamento judicial, desapareceria a eficácia do CPC 467⁵⁵⁵.

Com posicionamento muito próximo ao de Araken de Assis, Thereza Alvim defende a aplicação dos referidos dispositivos legais, afirmando que sua utilização não consistiria, necessariamente em admitir a relativização da coisa julgada, porque sentença fundada em lei, posteriormente, considerada inconstitucional, não formaria coisa julgada material, porquanto trataria-se de ato jurídico inexistente⁵⁵⁶.

Entende a autora que diante da ausência do preenchimento das condições da ação, a decisão judicial será inexistente, porque inexistente a relação processual civil. Este raciocínio é estendido para a sentença inconstitucional, porquanto, se o pedido foi feito com base em lei inconstitucional, esta contaminará a condição da ação referente à possibilidade jurídica do pedido, logo, será inexistente a ação processual civil o que implica na impossibilidade de formação da coisa julgada material⁵⁵⁷. Desse modo, “a inconstitucionalidade de determinada lei regra ou preceito, reconhecida pelo STF, é assimilável à hipótese

⁵⁵⁵ Araken de ASSIS. *Manual da execução*, 11.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 1109/1110.

⁵⁵⁶ Thereza ALVIM. O cabimento de embargos ou impugnação ante a sentença contrária à Constituição (arts. 741, parágrafo único, e 475-L, do CPC): hipótese de flexibilização ou inexistência da coisa julgada?, in: *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 399 et seq.

⁵⁵⁷ Thereza ALVIM. O cabimento de embargos ou impugnação ante a sentença contrária à Constituição (arts. 741, parágrafo único, e 475-L, do CPC): hipótese de flexibilização ou inexistência da coisa julgada?, pp. 404/405.

de inexigibilidade do próprio título que embasa a execução (ou o cumprimento da sentença), uma vez que a decisão baseada em lei que não era lei⁵⁵⁸”.

Paulo Henrique dos Santos Lucon adota posicionamento pretensamente intermediário, afirmando que os dispositivos legais devem ser aplicados tendo em vista a razoabilidade e a proporcionalidade, porque nem toda a declaração de inconstitucionalidade autoriza a desconstituição do título, isso porque, a coisa julgada é instrumento de extrema importância para a realização da pacificação social. Desse modo, a desconstituição do título apenas seria possível caso, na ponderação entre o princípio da segurança jurídica e aquele albergado quando da declaração de inconstitucionalidade, esse último prevaleça no caso concreto⁵⁵⁹.

Sobre o tema, Nelson Nery Junior e Rosa M. A. Nery entendem que os referidos dispositivos legais são inconstitucionais isto porque título judicial consiste em sentença transitada em julgado que goza de proteção constitucional emanada diretamente do Estado Democrático de Direito. Assim, decisão posterior do STF, não poderá atingir a coisa julgada que já havia dado origem ao título judicial. A decisão do STF tem eficácia retroativa *ex tunc*, para atingir situações que estejam se desenvolvendo com fundamento nessa lei⁵⁶⁰.

De nossa parte, perfilhamos a última vertente, porque em conformidade com o que expusemos, a Constituição Portuguesa possui cláusula expressa, vedando efeitos retroativos que atinjam a coisa julgada. Também, consoante destacamos, nossa Constituição ainda que não tenha essa mesma cláusula, não permite que a decisão de inconstitucionalidade atinja o caso julgado. Até porque, a função judicial de defesa da Constituição seria

⁵⁵⁸ Thereza ALVIM. O cabimento de embargos ou impugnação ante a sentença contrária à Constituição (arts. 741, parágrafo único, e 475-L, do CPC): hipótese de flexibilização ou inexistência da coisa julgada?, p. 405.

⁵⁵⁹ Paulo Henrique dos Santos LUCON. Coisa julgada, efeitos da sentença, coisa julgada inconstitucional e embargos à execução do artigo 741, parágrafo único, in: *Revista do Advogado*, n. 84, 2005, pp. 162/163.

⁵⁶⁰ Nelson NERY JUNIOR e Rosa M. A. NERY. *Código de processo civil comentado*, coment. 14 CPC 741, p. 1086.

completamente inútil e, portanto, fracassaria, se não fosse o respaldo proveniente da aplicação e efetividade da coisa julgada⁵⁶¹.

Em relação ao posicionamento de Paulo Henrique dos Santos Lucon, cremos ser extremamente problemática a aplicação de sua tese, afinal ela seria totalmente casuística e arbitrária, carecendo de parâmetros jurídicos racionais para sistematizarmos essas possibilidades de ponderação entre a segurança jurídica e o princípio constitucional albergado quando da declaração de inconstitucionalidade. Sem dizer que essa teoria subverte toda a racionalidade do sistema jurídico; afinal, de acordo com a teoria de Lucon, seria admitido ao juiz de primeiro grau realizar juízo de ponderação e viabilidade acerca da anulação de coisa julgada material proferida por tribunais superiores, inclusive o Supremo Tribunal Federal.

A teoria que admite a utilização dos referidos dispositivos legais, afirmando que não ocorreria relativização da coisa julgada material porque esta nem existiria, se apresenta ainda mais problemática. De acordo com essa teorização, a coisa julgada material fundada em lei, posteriormente considerada inconstitucional, não seria coisa julgada, seria ato jurídico inexistente, ainda que tivesse produzido diversos efeitos jurídicos.

Imagine-se a hipótese de execução de sentença com trânsito em julgado, o juiz dá início à execução, fixando multa, realizando constrição de bens ou até mesmo, diante do início da execução, o devedor apresenta pagamento e extingue a execução. Nesses casos, se a lei que embasou a sentença com trânsito em julgado for declarada inconstitucional pelo STF, não seria crível considerar que esse caso julgado que acarretou inclusive o pagamento da execução passaria a ser considerado meramente ato inexistente, porque a lei que o embasou deixou de ser lei.

Diante desse quadro, seria interessante indagar que perante o pagamento da dívida oriunda de sentença fundada em lei considerada posteriormente inconstitucional, estaria caracterizada a situação de

⁵⁶¹ José Gregorio HERNÁNDEZ GALINDO. Cosa juzgada y control de constitucionalidad, p. 433.

enriquecimento sem causa do CC 884? Com a devida vênia, não é possível coadunar com tal posicionamento, haja vista a insegurança jurídica que tal hipótese acarretaria.

Do ponto de vista teórico, o argumento da sentença inexistente também é frágil, o próprio Liebman já afirmava que um dos conceitos mais polêmico e contraditório no direito, é o do ato inexistente. De acordo com Liebman, o ato inexistente deveria indicar uma realidade de fato que não chegou a ingressar no mundo jurídico, trataria-se de conceito meramente negativo, que serviria para demonstrar o limite extremo da realidade jurídica, cuja única razão de ser é a de extirpar do mundo jurídico aquelas atitudes que não são de modo absoluto suscetíveis de relevância ou de valoração jurídica. Portanto, a sentença para ser considerada inexistente deveria apresentar vícios mais graves e radicais que importem em sua nulidade. A sentença inexistente não pode surtir nenhum efeito ou eficácia qualquer⁵⁶².

Em Liebman fica evidente que a sentença inexistente consiste em hipótese muito mais teórica do que prática, tanto é que ela ocorre somente quando estão ausentes os elementos estruturalmente mínimos para a formação da sentença. De acordo com o autor, os elementos mínimos para a existência de uma sentença são constituídos por um julgamento pronunciado de forma escrita por um juiz diante das partes. Assim, não existe uma sentença se quem a pronunciou não é juiz, se ela não contém um julgamento, se faltam as partes, ou se falta documento escrito⁵⁶³.

Com essa sintética exposição do posicionamento de Liebman, fica evidente a inaplicabilidade do conceito de sentença inexistente para a adequação dos referidos dispositivos legais, uma vez que, uma sentença com trânsito em julgado que permite todo um processo executório inclusive com penhora de bens e pagamento, não seria crível equiparar essa decisão a um ato inexistente, em razão de posterior declaração de inconstitucionalidade que embasou o referido

⁵⁶² Enrico Tullio LIEBMAN. *Manuale di diritto processuale civile*, t. I, Milano: Giuffrè Editore, 1980, n. 124, p. 241.

⁵⁶³ Enrico Tullio LIEBMAN. *Manuale di diritto processuale civile*, t. I, n. 124, pp. 241/242.

título. Sentença inexistente, tal como Liebman ensina, seria aquela que não poderia em hipótese alguma gerar efeitos jurídicos, tais como pagamento, penhora, intimação etc. A sentença inexistente não pode gerar nenhum efeito porque ela não contém algum elemento estrutural necessário à existência da sentença: parte, documento escrito ou juiz. Veja-se que nem mesmo a sentença sem fundamento pode ser considerada inexistente, afinal ausência de fundamentação implica nulidade da sentença.

Portanto, usar o conceito de sentença inexistente para embasar a aplicabilidade do CPC 475-L § 1.º e 741 par. ún. carece de maior embasamento jurídico, isso porque um título judicial transitado em julgado que possibilita a instauração de um processo executório com todos os atos inclusive o pagamento não pode, simplesmente ser considerado ato inexistente, até porque não seria crível asseverar que o sentença transitada em julgado seria inexistente e o processo executório oriundo dela seria nulo. Logo, essa teorização, ainda que com fundamentação distinta, implica também em relativização da coisa julgada.

Ademais, os dispositivos do CPC 475-L § 1.º e 741 par. ún. podem gerar imensa insegurança jurídica, conforme já afirmamos na pesquisa, o vício da inconstitucionalidade, nunca se convalida, podendo a qualquer momento ser declarado pelo Supremo. Assim, se for conferida aplicabilidade à afirmativa de Araken de Assis de que o CPC 475-L § 1.º e 741 par. ún. tornou *sub conditione* a eficácia da coisa julgada do título judicial, logo, a coisa julgada material de acordo com essa doutrina poderia ser revista a qualquer momento.

Com a devida vênia, não é possível corroborar tal raciocínio; afinal, que tipo de segurança jurídica existiria se todos os títulos executivos judiciais pudessem ser fulminados diante de declaração de inconstitucionalidade do Supremo. Para os defensores do CPC 475-L § 1.º e 741 par. ún., se o título transitado em julgado, em razão da decisão de inconstitucionalidade do Supremo, deveria ser considerado inexistente, por razões de coerência teórica, o devedor que adimpliu a referida sentença, que posteriormente, deveria ser considerada inexistente, no momento em que surgisse o motivo da inexistência da sentença,

de acordo com a teoria da *actio nata*, surgiria para o devedor a possibilidade de pedir ressarcimento com fundamento no CC 884.

Obviamente que não consideramos possível esse ressarcimento com fundamento no CC 884, até porque negamos essa forma de aplicação ao CPC 475-L § 1.º e 741 par. ún., apenas esboçamos essa argumentação para evidenciar a contradição interna ínsita à teoria que maneja o conceito de inexistência para, assim, evidenciamos com maior rigor a insegurança jurídica que tal posicionamento acarreta.

Assim sendo, asseveramos com fundamento na melhor doutrina de que o CPC 475-L § 1.º e 741 par. ún., precisam ser interpretados em conformidade com a Constituição Federal. Esses dispositivos legais não seriam inconstitucionais quando incidessem para desconstituir título executivo judicial cujo transito em julgado ocorresse após a decisão do STF. Ainda assim, essa aplicação somente poderia ser feita no prazo de trinta dias da L 9494/97 1.º-B ou quinze dias no caso do CPC 475-J § 1.º. Passados esses prazos ainda restaria ao devedor a utilização da ação rescisória, após esse prazo, a coisa julgada passa a ser inatacável, configurando o caso judicial transitado *soberanamente* em julgado⁵⁶⁴.

Por fim, cumpre mencionar quais são as decisões de inconstitucionalidade aptas a conferir aplicabilidade ao CPC 475-L § 1.º e 741 par. ún. Araken de Assis, admite que a decisão de inconstitucionalidade proferida em sede difusa, teria o condão de embasar a desconstituição de títulos judiciais transitadas em julgado. Discordamos desse posicionamento, porque entendemos que apenas os provimentos com efeito *erga omnes* e efeito vinculante [logo, apenas os provenientes do controle concentrado de constitucionalidade] permitem a aplicação dos mencionados dispositivos⁵⁶⁵. Também entendemos que a incidência desses dispositivos apenas pode ser aplicada em decisões

⁵⁶⁴ Cf. Nelson NERY JUNIOR e Rosa M. A. NERY. *Código de Processo Civil Comentado*, Coment. 36 CPC 475-L, p. 742 e coment.16 CPC 741, pp. 1086/1087.

⁵⁶⁵ Nelson NERY JUNIOR e Rosa M. A. NERY. *Código de Processo Civil Comentado*, Coment. 17 CPC 741, p. 1087.

provenientes do controle concentrado que declaram a inconstitucionalidade de determinada lei (ou mediante aplicação da CF 52 X), desde que não tenham tido seus efeitos modulados *pro futuro*, não se incluindo a decisão denegatória oriunda de ADC, afinal somos contrário à atribuição de caráter dúplice às ações constitucionais⁵⁶⁶. Ressalvando que sempre o transitio em julgado deverá ser posterior à decisão de inconstitucionalidade ou à Resolução do Senado.

Os provimentos liminares (medidas cautelares) proferidas pelo Supremo, por não possuírem o pleno efeito vinculante, também não podem permitir a aplicação dos referidos dispositivos. Asseveramos que diante de tal decisão (liminar), a fim de evitar o transitio em julgado, seria possível aos litigantes em juízo, que tivessem interesse em adiar o trânsito em julgado a fim de se aproveitar da declaração de inconstitucional, poderiam solicitar a suspensão de seu processo com fundamento no CPC 265 IV *a*. Assim, após a medida cautelar, e diante da possível declaração de inconstitucionalidade da lei que fundamentará eventual título executivo, o julgamento do STF passar a caracterizar causa prejudicial externa para o feito, ensejando possível suspensão.

5.3. Risco da coisa julgada para o Estado Democrático de Direito. Teoria condutora ao Estado de Exceção.

Neste item do artigo, será desenvolvida a idéia de como a teoria favorável à relativização da coisa julgada pode contribuir para a ascensão do

⁵⁶⁶ Corroborando nosso posicionamento, merecem destaque os seguintes julgados: Servidor público municipal. Relativização da coisa julgada. Reconhecimento de coisa julgada (extinção nos termos do CPC 267 V) - Inconstitucionalidade de lei reconhecida pelo E. STF na forma difusa, sem efeito erga omnes; e que não serve para desconsiderar o trânsito em julgado do V. acórdão que julgou a ação improcedente - Princípio da segurança jurídica - Recurso desprovido. (TJSP, 2.^a Câ. Dir. Púb., Ap.Civ. n. 558079-5/2-00, rel. Des.Samuel Junior, j. 25.5.2009, v.u.).

Pretensão do embargante de ver declarada a inexigibilidade de título executivo, devidamente protegido pelo manto da coisa julgada, com fundamento no art. 741, parágrafo único, do CPC, que não pode ser acolhida. Impossibilidade de aplicação da norma sem declaração de inconstitucionalidade em julgamento definitivo pelo STF. Declaração que deve ser realizada em controle concentrado com efeitos erga omnes. No caso concreto, nem mesmo em controle difuso não houve demonstração pelo embargante acerca da inconstitucionalidade da aplicação da Lei-RS nº 10.007/93. Sentença de improcedência dos embargos mantida (TJ-RS, 3.^a Câ. Cív., Ap. Cív. 70011091667, rel. Des. Nelson Antonio Monteiro Pacheco, j. 3.11.2005, v.u.).

estado de exceção no Brasil, claro que não se afirmará que a relativização da coisa julgada por si só conduz ao estado de exceção, contudo ela guarda diversas semelhanças com ele ao utilizar o adágio latino *necessitas legem non habet*, essa teoria parte de casos isolados em nosso sistema (sentenças injustas, inconstitucionais...) e acaba por propor a suspensão de nossa legalidade instituindo a relativização da coisa julgada, teoria na qual toda a ordenança jurídica é prejudicada, uma vez que ao se relativizar a coisa julgada, a legalidade é suspensa, ao se desconsiderar a coisa julgada, desconsidera-se o próprio Estado Democrático de Direito, essa ruptura com a legalidade possibilita a ascensão do estado de exceção. Essas considerações que passaremos a desenvolver.

Giorgio Agamben desenvolve sua concepção de Estado de Exceção partindo da formulação de Carl Schmitt de que *soberano é aquele que decide sobre o Estado de exceção*⁵⁶⁷.

Para o jurista italiano, “o estado de exceção não é um direito especial (como o direito de guerra), mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica, define seu patamar ou conceito como limite⁵⁶⁸”. O estado de exceção caracteriza-se pela preponderância do executivo em editar decretos com força de lei no qual a legalidade constitucional é suspensa, ou seja, o estado de exceção constitui um estado “‘kenomático’, um vazio de direito, e a idéia de uma indistinção e de uma plenitude originária do poder deve ser considerada como um ‘mitologema’ jurídico, análogo à idéia de estado de natureza⁵⁶⁹”. Nesse estado os três poderes se diluem, a distinção entre eles não pode ser visualizada.

Do ponto de vista jurídico, Agamben elenca o Terceiro Reich como exemplo de estado de exceção que durou doze anos. Justamente com o estado nazista, que Nelson Nery Junior relaciona a teoria da relativização da coisa julgada, ao explicar que: “Adolf Hitler assinou, em 15.7.1941, a Lei para a

⁵⁶⁷ Carl SCHMITT. *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996, p. 87.

⁵⁶⁸ Giorgio AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 15.

⁵⁶⁹ Giorgio AGAMBEN, *Estado de exceção*, p. 17.

Intervenção do Ministério Público no Processo Civil, dando poderes ao *parquet* para dizer se a sentença seria justa ou não, se atendia aos fundamentos do Reich alemão e aos anseios do povo alemão⁵⁷⁰”. Ou seja, no Estado nazista a *justeza* da sentença era motivo para a propositura da ação rescisória, ocorre que “interpretar a coisa julgada, se justa ou injusta, se ocorreu ou não, é instrumento do totalitarismo, de esquerda ou de direita, nada tendo a ver com democracia, com Estado Democrático de Direito. *Desconsiderar a coisa julgada é ofender a Carta Magna, deixando de dar aplicação ao princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (CF 1º caput)*⁵⁷¹”.

Atualmente, setores da doutrina defendem a flexibilização da coisa julgada, capitaneados pelo ilustre processualista Candido Rangel Dinamarco que alerta aos juízes afirmando que caberia a eles em “todos os graus jurisdicionais a tarefa de descoberta das extraordinariedades que devam conduzir a flexibilizar a garantia da coisa julgada, recusando-se a flexibilizá-la sempre que o caso não seja portador de absurdos, injustiças graves, transgressões constitucionais etc.⁵⁷²”.

Essa teorização referente à relativização da coisa julgada quanto esta for injusta, possui um perfil teratológico, porquanto, permite a abertura para o estado de exceção no Brasil, na medida em que cria um vazio de direito em decorrência de negar o próprio Estado Democrático de Direito. Importante mencionar, que de acordo com Agamben o estado de exceção que surge em decorrência da suspensão da legalidade pode ser total ou parcial, e sobre sua localização, Agamben afirma que “o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona

⁵⁷⁰ Nelson NERY JUNIOR. *Princípios do Processo na Constituição Federal*, pp. 509/510.

⁵⁷¹ Nelson NERY JUNIOR. *Princípios do Processo na Constituição Federal*, p. 510.

⁵⁷² Cândido Rangel DINAMARCO. Relativizar a coisa julgada material, in: *Revista de Processo*, n. 109, 2003, p. 32.

de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica⁵⁷³”.

Nesse ponto fica evidente como a relativização da coisa julgada com base em injustiças, absurdos e transgressões constitucionais provoca a abertura ao estado de exceção, porque suspende a legalidade. Nas palavras do professor Nelson Nery Junior, as teorias favoráveis à flexibilização da coisa julgada desconsideram a Constituição e o próprio Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo em que provocam essa suspensão da normatividade, as teorias favoráveis à relativização pretendem instituir suas teses em conformidade com a ordem jurídica. Essa nossa afirmativa corrobora o entendimento de Nelson NERY JUNIOR que dispõe: “havendo choques entre esses dois valores (justiça da sentença e segurança das relações sócias e jurídicas), o sistema constitucional brasileiro resolve o choque optando pelo valor segurança (coisa julgada), que deve prevalecer em relação à justiça que será sacrificada⁵⁷⁴”.

Prosseguindo nosso raciocínio que relaciona relativização da coisa julgada com o estado de exceção, imperioso tratar do elemento essencial ao estado de exceção que é a necessidade. Giorgio Agamben desenvolve seu pensamento a partir do adágio latino *necessitas legem non habet*, “ou seja, a necessidade não tem lei, o que deve ser entendido em dois sentidos opostos: ‘a necessidade não reconhece nenhuma lei’ e a ‘necessidade cria sua própria lei’”. Em ambos os casos, a teoria do estado de exceção se resolve integralmente na do *status necessitatis*, de modo que o juízo sobre a subsistência deste esgota o problema da legitimidade daquele⁵⁷⁵”.

Diante desse adágio latino, a necessidade que provoca a ruptura com a legalidade e abre o estado de exceção, não procura investigar caráter lícito ou ilícito da hipótese, a necessidade “age aqui como justificativa pra uma

⁵⁷³ Giorgio AGAMBEN, *Estado de exceção*, p. 39.

⁵⁷⁴ Nelson NERY JUNIOR. *Princípios do Processo na Constituição Federal*, p. 65.

⁵⁷⁵ Giorgio AGAMBEN, *Estado de exceção*, p. 41.

transgressão em um caso específico por meio de uma exceção⁵⁷⁶”. Por isso Agamben pondera que “o estado de exceção moderno, é, ao contrário, uma tentativa de incluir na ordem jurídica a própria exceção, criando uma zona de indiferenciação em que fato e direito coincidem⁵⁷⁷”. Fácil constatar como a teoria da flexibilização da coisa julgada com base na *justeza* da sentença, ao partir de alguns casos isolados (exceções) propõe a possibilidade de se relativizar a coisa julgada e comprometer toda a ordenança jurídica, porquanto essa relativização é a negação do próprio Estado Democrático de Direito. O argumento favorável da flexibilização da coisa julgada injusta é um claro uso do adágio *necessitas legem non habet*, no qual se tenta incluir a exceção na ordem jurídica, invocando a necessidade de se relativizar a coisa julgada injusta como justificativa para a transgressão do sistema.

Em um Estado Democrático de Direito, quando se defende a relativização da coisa julgada em algumas hipóteses, o que se está afirmando é que a *necessidade cria sua própria lei*, nosso sistema processual possui a ação rescisória (art.485 CPC) para a impugnação da coisa julgada material, ocorre que passados os dois anos, a coisa julgada material torna imutável e indiscutível a matéria por ela acobertada independente da legalidade ou justiça. Destarte, quando os processualistas defendem a maleabilização da coisa julgada para determinadas hipóteses, estão a criar sua própria lei, partindo da premissa de que a necessidade não conhece lei.

Assim sendo, nos posicionamos contrários às teorias favoráveis à relativização da coisa julgada, porque estas ao negarem a autoridade da coisa julgada, desconsideram o próprio Estado Democrático de Direito, diante da necessidade de não poderem existir sentenças injustas os teóricos da relativização usam esses casos isolados que são exceções no ordenamento para proporem suas teses, ocorre que essas teorias não se coadunam com um regime democrático, posto que, suspendem a legalidade existente e provocam uma ruptura com a ordem constitucional, na medida em que usam exceções (casos

⁵⁷⁶ Giorgio AGAMBEN, *Estado de exceção*, p. 41.

⁵⁷⁷ Giorgio AGAMBEN, *Estado de exceção*, p. 42.

isolados) para justificar a transgressão no sistema, qual seja a relativização da coisa julgada. Tanto é que Nelson Nery Junior confirma que “a experiência nazista ensinou duramente os alemães, de modo que os atuais sistemas constitucional e processual da Alemanha têm extraordinário cuidado científico e político com o princípio e a teleologia do instituto da coisa julgada. A má utilização do instituto pode servir de instrumento de totalitarismo e de abuso de poder pelos governantes do momento, em detrimento do Estado Democrático de Direito⁵⁷⁸”.

No Brasil, os riscos da introdução de uma teoria como a relativização da coisa julgada são alarmantes, porque uma vez instituída essa proposta, conferir-se-á ao Executivo um grande poder de manobra para descumprir sentenças desfavoráveis a ele, no Brasil o Executivo já suprimiu o Legislativo por meio do uso desmedido das Medidas Provisórias, se vingar a teoria favorável à relativização da coisa julgada, o próximo poder a sofrer a supressão será o Judiciário, porque sempre existirá a possibilidade de uma sentença por ele proferida ser desconsiderada acaso sejam descobertas nela injustiças ou inconstitucionalidades, essa possibilidade favorecerá a Administração Pública que poderá escusar-se de cumprir determinadas condenações por considerá-las exorbitantes ou impossíveis por ausência de previsão orçamentária (aqui seria um campo extremamente fértil para o uso ardiloso da proporcionalidade no Direito), esse é um retorno ao estado *kenomatico*.

Por fim, resta esclarecer nosso posicionamento contrário à relativização da coisa julgada, uma vez que esta teoria abre a possibilidade da instituição do estado de exceção no Brasil, porque ao partir de casos isolados no sistema tenta incluir a exceção em nosso ordenamento, parte de casos excepcionais para legitimar a supressão das regras jurídicas⁵⁷⁹. Contudo, nenhum ordenamento jurídico está isento de possuir algumas sentenças injustas, todavia, essas são particularidades, exceções dentro da nossa ordenança, que não podem ser utilizadas para suspendermos nossa legalidade, mais precisamente,

⁵⁷⁸Nelson NERY JUNIOR. *Princípios do Processo na Constituição Federal*, p. 66.

⁵⁷⁹Giorgio AGAMBEN, *Estado de exceção*, p. 42.

descumpirmos nossa Constituição, pelo contrário, essas exceções (casos isolados) que atestam a normalidade/legitimidade do ordenamento, consoante Carl Schmitt, *o normal não prova nada, a exceção prova tudo; ela não só confirma a regra, mas a própria regra só vive da exceção*⁵⁸⁰.

⁵⁸⁰ Carl SCHMITT, *A crise da democracia parlamentar*, p. 94.

Conclusão geral.

Em um Estado Democrático de Direito, a Constituição limita a atuação de todo o poder estatal, na realidade, ela configura-se como o modelo de toda a atuação estatal. Nesse quadro, a Jurisdição Constitucional deve auxiliar e assegurar a estabilidade constitucional, bem como servir de via para o desenvolvimento constitucional sem permitir freqüentes mudanças constitucionais⁵⁸¹.

Atualmente, recrudesce a atuação normativa do Supremo Tribunal Federal, a produção de sentenças manipulativas pela STF é fenômeno recente, mormente em razão da atribuição de efetividade ao mandado de injunção, juntamente com a possibilidade de promulgação de súmula vinculante.

Com fundamento em Ferrajoli⁵⁸², é possível afirmar que em um Estado de Direito existe um forte sentido substancial, dessa forma os poderes estão limitados e vinculados à Constituição, não apenas quanto à forma e procedimentos, mas também quanto aos conteúdos, ou seja, no Estado Constitucional de Direito, a Constituição não apenas disciplina as formas de produção legislativa, mas também impõe a esta proibições e obrigações de conteúdo correspondentes aos direitos de liberdade e aos direitos sociais, cuja violação ocasiona antinomias e lacunas que a ciência jurídica precisa constatar para que sejam eliminadas e corrigidas.

Dessa forma, cabe especificar, como bem ensina Garcia Herrera⁵⁸³, que o Estado Democrático de Direito, numa perspectiva garantista, está caracterizado não apenas pelo princípio da legalidade formal que subordina os poderes públicos às leis gerais e abstratas, mas também pela legalidade

⁵⁸¹ Cf. Klaus STERN. *Jurisdicción constitucional e legislador*, Madrid: Dykinson, 2009, pp. 36/37.

⁵⁸² Luigi FERRAJOLI. *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*, in: Miguel Carbonell (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 13 e p. 18.

⁵⁸³ Miguel Angel GARCÍA HERRERA. *Poder judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional*, in: Perfecto Andrés Ibáñez (org.). *Corrupción y Estado de Derecho – El papel de la jurisdicción*. Madrid: Editorial Trotta, 1996, p. 71.

substancial que vincula o funcionamento dos três poderes à garantia dos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva que postulamos a possibilidade de o Judiciário exercer função normativa, a fim de garantir e efetivar o próprio texto constitucional, conferindo concretude aos direitos fundamentais e sociais. Não se trata, simplesmente de afirmar que o Supremo deve passar a exercer a função legislativa, e que a natureza de sua atuação teria natureza merante política e não jurisdicional. O Judiciário quando profere decisões manipulativas e interpretativas, não está exercendo atividade legislativa, afinal não atua com a mesma liberdade de conformação que o Legislativo, que inclusive não fica vinculado às decisões do Supremo. Frise-se que não mencionamos a discricionariedade como elemento de distinção da atuação do Judiciário em relação ao Legislativo, até porque, diante de uma Constituição Dirigente como a nossa, o Legislador não possui plena discricionariedade para exercer sua tarefa.

Em relação à possível natureza política da atuação do Supremo, atualmente, perante um controle material de constitucionalidade, o Direito não pode mais ser instrumento da política, pelo contrário, a política tem que ser assumida como instrumento para a atuação do Direito⁵⁸⁴. Nesse cenário, com precisão, conclui Lenio Streck que: “mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente⁵⁸⁵”.

Por fim, é mister evidenciarmos que ao defendermos ao longo de toda a pesquisa, a possibilidade de o STF atuar de maneira constante na fiscalização e correção da atividade legislativa, também foi preocupação constante no decorrer de todo o trabalho demonstrarmos a necessidade de se

⁵⁸⁴ Luigi FERRAJOLI. *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*, p. 24.

⁵⁸⁵ Lenio Luiz STRECK. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, p. 162.

democratizar e aumentar a legitimidade da atuação do Supremo. Assim, faz-se necessário delimitar e precisar os limites da atividade do STF, principalmente, no que se refere ao controle dos efeitos de sua decisão, mormente o vinculante. Em nenhuma hipótese, o Supremo pode perder de vista sua posição de servo da Constituição, nunca senhor dela, o que implica em respeitar o texto constitucional em toda sua textitude. Desse modo, não pode ignorar a função do Senado (CF 52 X) no controle de constitucionalidade, fulminar o controle difuso de constitucionalidade, seja pela instituição da súmula vinculante, seja pela pretensa objetivação do controle difuso de constitucionalidade, nem tampouco restringir a atividade jurisdicional atribuindo efeito vinculante às decisões que declaram a constitucionalidade da lei ou de alguma vertente interpretativa.

Adorno e Horkheimer, ao analisarem a Indústria Cultural, criticavam a passagem do telefone ao rádio, os citados autores ironizavam a afirmação de que essa transição teria sido democrática tão somente porque teria aumentado consideravelmente o número de usuários. A crítica foi exposta nos seguintes termos: *“liberal, o telefone permitia que os participantes ainda desempenhassem o papel do sujeito. Democrático, o rádio transforma-os a todos igualmente em ouvintes, para entregá-los autoritariamente aos programas, iguais uns aos outros”*⁵⁸⁶. Perante esse viés, que deve ser examinada a jurisdição constitucional; isso porque, não ignoramos o número estratosférico de recursos que assolam o STF, contudo, com o afã de privilegiar a celeridade, não se pode suprimir os direitos fundamentais do cidadão, a independência decisória e a particularidade de cada caso concreto, sob pena de nossa Corte Constitucional ao manejar desmesuradamente os institutos da súmula vinculante, repercussão geral e o efeito vinculante, aproximar-se cada vez mais da atuação do rádio criticada por Adorno e Horkheimer. Nesse sentido, que constitui preocupação constante da pesquisa esboçar limites para a atuação do Supremo, principalmente no que se refere ao controle concentrado e à utilização da súmula vinculante, a fim de ser garantida a justiça, mediada pela atividade hermenêutica do interprete - respeitadora da individualidade de cada caso concreto - e não aquela realizada por pretensa subsunção, realizada roboticamente e por atacado.

⁵⁸⁶ Theodor ADORNO e Max HORKHEIMER. *Dialética do esclarecimento*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, p. 114.

Conclusões específicas.

1. Somente com a elaboração de um conceito pós-positivista de sentença os elementos inovadores da hermenêutica poderão ser introduzidos no discurso jurídico e na aplicação judicial. Diante de um caso concreto, perante a hermenêutica na perspectiva que a monografia propõe, a sentença deixa de ser considerada silogismo, como pretende a maior parte da doutrina processual, como se a sentença fosse meramente um ato que decorre da premissa maior.

2. Assim, a sentença não é um silogismo em que se formula a norma por meio de um método lógico formal, a sentença na qual é produzida a norma para o caso concreto, ocorre de maneira estruturante que surge diante do caso concreto (real ou fictício). Diante da fenomenologia hermenêutica, a sentença, ao produzir a norma, não pode ser considerada como um ato de positivação da vontade seja da lei ou do legislador. Mister mencionar que não é apenas a sentença judicial que produz a norma. O que caracteriza a produção da norma é a problematidade diante de um caso concreto que também pode ser meramente teórico; assim a norma pode surgir diante da problematização.

3. O dispositivo da sentença consiste na norma, porque possui uma motivação e uma fundamentação (derivada da compreensão histórica e fática do intérprete). Contudo, se for caso de uma sentença proferida em controle abstrato de constitucionalidade, com os efeitos vinculante e *erga omnes* (CF 102 § 2.º), o enunciado do dispositivo somente poderá ser norma para o processo subjacente a sua constituição (ADI, ADC e ADPF).

4. A norma é produto da interpretação diante da problematização de um caso real ou fictício; sua existência somente ocorre na linguagem. Ela não está contida na lei, não é *ante casum*. A norma é produto da concretização do intérprete na qual são fundidos os elementos linguísticos (programa da norma) e os elementos não linguísticos (âmbito normativo). A norma surge no momento da *applicatio*, produzindo-se para a solução de cada caso concreto. Na interpretação/produção da norma, a historicidade influencia toda a atividade do jurista em razão da fusão de horizontes estabelecidos no diálogo entre o

hermeneuta e o texto, bem como toda a pré-compreensão que o intérprete carrega.

5. A polêmica entre dualismo e monismo é anterior ao giro-lingüístico, na aplicação do direito o processo e direito material integram uma relação circular no plano da linguagem. A linguagem é o mundo interpretado pelo homem, é um acontecimento interpretativo da realidade, a distinção entre normas processuais e normas substanciais somente é possível num plano semântico, no qual a norma é considerada abstratamente e sem relação com a problematização de um caso concreto. A controvérsia em torno do dualismo e do monismo baseia-se na errônea separação entre o plano prático e o teórico do direito. Distinção esta que o conceito de *applicatio* gadameriana superou.

6. A sentença constitucional pode ser definida como o ato processual, realizado por um órgão colegiado do STF, que, ao examinar o mérito do processo, decide acerca da inconstitucionalidade ou constitucionalidade (ADIn/ADPF/ADC) de determinado texto normativo, sobre a inconstitucionalidade em razão de omissão legislativa (ADIO), ou pronuncia a normatividade necessária ao exercício de algum direito fundamental em razão da ausência legislativa (MI), sempre extinguindo o processo. Se o provimento do Supremo apenas encerrar o processo sem examinar seu mérito, decidindo e.g., pela ilegitimidade ativa da ADIn, por ser ato que encerra o processo, também será sentença, contudo não estará englobada nas decisões judiciais objeto da pesquisa, porquanto não estará apta a produzir coisa julgada material e seus efeitos erga omnes e vinculantes.

7. No processo constitucional, a coisa julgada não tem a função de amparar direitos subjetivos, fazendo com que o Estado-juiz substitua a vontade das partes no processo em juízo. No processo constitucional não existe a tutela de direitos subjetivos nem mesmo partes existem no processo. O interesse tutelado no controle abstrato de constitucionalidade é difuso e sua natureza é objetiva. O processo abstrato não está nem à disposição de nenhuma parte nem mesmo do próprio órgão julgador, o STF, cabendo a este, se for o caso, proceder à modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

8. Os efeitos *erga omnes* e vinculante não transitam em julgado, no processo constitucional, conforme será analisado, são efeitos que podem ser agregados ao dispositivo da sentença (coisa julgada).

9. A coisa julgada material que confere imutabilidade ao comando emergente da sentença opera-se, consoante expusemos, sobre o dispositivo da sentença constitucional, ela materializa a norma decisória do caso concreto, constituindo o texto normativo a ser aplicado nos casos futuros. O efeito *erga omnes* não é exclusivo da jurisdição constitucional; as sentenças proferidas em ação civil pública, se tutelarem interesse difuso, também terão efeito *erga omnes*.

10. O efeito vinculante, por sua vez, no processo constitucional é dependente da anterior formação da coisa julgada material, até porque a Constituição em seu artigo 102 § 2.º atribuiu efeito vinculante apenas às decisões definitivas de mérito e, conforme será explicado, não poderá ser estendido aos motivos determinantes. Também poderá haver casos de decisões sem o efeito vinculante, tais como aquelas que possuem apelo ao legislador ou aquelas que declaram a inconstitucionalidade sem pronunciar a nulidade.

11. O efeito vinculante da sentença proferida no processo constitucional é o que pode aproximar-se da força de lei alemã ou da força obrigatória geral do direito português, porque o efeito vinculante, ao contrário do efeito *erga omnes*, não se limita aos órgãos constitucionais e ao Poder Público, ele também alcança os particulares. O efeito vinculante, tal como o *erga omnes*, é cumulativo à coisa julgada, não pode ser considerado como instituto que agrega uma maior eficácia aos efeitos *erga omnes*, uma vez que se destinam a finalidades diversas: o *erga omnes* amplia os limites subjetivos do dispositivo, enquanto o efeito vinculante atinge a esfera dos particulares e o próprio direito material.

12. O efeito *erga omnes* não vincula os particulares, essa vinculação é proveniente do efeito vinculante (CF 102 § 2.º). O efeito *erga omnes* também não retira o texto normativo do mundo jurídico. A retirada de determinada lei do mundo jurídico ocorre em razão da eficácia declaratória da coisa julgada material

operada nas sentenças de total rechaço, que declaram a inconstitucionalidade e a nulidade de toda a lei ou parte dela.

13. No Brasil, não há fundamento para se aceitar a vinculação dos tribunais aos motivos determinantes da declaração de inconstitucionalidade com eficácia *erga omnes*, essa vinculação dos tribunais à *ratio decidendi* da decisão engessaria o sistema constitucional, impossibilitando a abertura e evolução do direito constitucional. A eficácia vinculante CF 102 § 2.º é restrita ao dispositivo da decisão.

14. A vinculação aos motivos determinantes também merece ser rechaçada porque a delimitação dos motivos determinantes não é algo fácil. Essa dificuldade é encontrada até mesmo na Alemanha, onde é tormentosa a definição do que seriam os motivos da decisão do *Bundesverfassungsgericht*, o que seria *tragenden Gründen* ou apenas *obiter dicta*.

15. A atribuição de efeito vinculante aos motivos determinantes da sentença constitucional pode ocasionar a canonização da *ratio decidendi*, algo contrário a uma compreensão dinâmica da Constituição. Caso se estendesse a força vinculante aos motivos determinantes, o “diálogo jurídico” ficaria entorpecido, os demais tribunais perderiam a coragem para alcançar outras interpretações da Constituição e a força inovadora de eventuais votos particulares seria desatendida.

16. A vinculação do legislador pela decisão de inconstitucionalidade é problemática; afinal não existiria órgão superior apto a controlar a constitucionalidade dessa decisão, o que abriria caminho para uma alteração implícita da lei fundamental, convertendo o Tribunal Constitucional num quase legislador constitucional ou numa espécie de intérprete único e autêntico da Constituição, funções que não lhe competem. Acolhemos então a proibição de vinculação do legislador diante da decisão de inconstitucionalidade, até porque a impossibilidade de renovação da lei julgada inconstitucional colocaria o legislador numa nítida posição de subalternidade em relação ao Judiciário.

17. A coisa julgada proveniente do controle concentrado de constitucionalidade não opera eficácia preclusiva, pode a decisão de inconstitucionalidade ser novamente questionada; afinal, se a causa de pedir for distinta, tratar-se-á de outra ação, e ainda que essa nova causa de pedir possa ter sido alegada no processo anterior, ela não fica preclusa, uma vez que não faria o mínimo sentido alegar-se eficácia preclusiva da coisa julgada em processo no qual a causa de pedir é aberta.

18. Enquadrar o Pretório Excelso como um legislador negativo retirar-lhe-ia todas as possibilidades de proferir as sentenças interpretativas como aquelas que versariam sobre a possibilidade hermenêutica da lei e não sobre o texto da lei em si, algo irrealizável se o controle de constitucionalidade restringir-se a um aspecto formal. Essa inadequação é principalmente demonstrável nas sentenças manipulativas, ou seja, aquelas em que o Supremo se comporta como um legislador corrigindo o ordenamento jurídico e adequando-o à Constituição, seja adicionando um sentido constitucionalmente adequado ao texto não contemplado pelo enunciado legislativo (sentenças aditivas), ou substituindo parcela do enunciado legislativo por outro (sentenças substitutivas) proferido pelo STF, a fim de conformá-lo à Constituição. Perante a ordenança nacional, essa inadequação é mais saltitante em razão do mandado de injunção, que permite ao Supremo proferir a normatividade essencial para corrigir a ausência legislativa, podendo adquirir efeitos *ultra partes* quando o mandamus for impetrado na modalidade coletiva.

19. O esquema nulidade/anulabilidade é insuficiente para explicar e embasar os diversos provimentos possíveis atualmente no controle de constitucionalidade. Em síntese, o que se deve destacar é que, independentemente de se averiguar se a nulidade em razão da inconstitucionalidade é *ab initio* porque geralmente o será, o que interessa é como a sentença constitucional declarará a inconstitucionalidade do enunciado legislativo, determinando assim sua ineficácia.

20. Permitir a formação de coisa julgada material em ADC acabaria por contrariar um fundamento elementar do direito constitucional que consiste na

possibilidade de fiscalizar a constitucionalidade dos atos normativos a qualquer tempo.

21. Em suma, permitir a formação de coisa julgada material à decisão que declara a constitucionalidade de texto normativo de lei é algo incoerente porque seria impossível ao Supremo prever todas as possibilidades normativas que surgirão na aplicação dessa lei. Ainda que o Supremo declare a constitucionalidade da lei em abstrato, nada impede que na prática, diante do caso concreto, a lei apresente-se inconstitucional, necessitando assim sofrer controle difuso de constitucionalidade, o que ficaria comprometido se a decisão da ADC formasse coisa julgada material e o consequente efeito vinculante.

22. A interpretação conforme e a nulidade sem redução de texto assemelham-se em alguns aspectos. Ambas fundam-se na prevalência da materialidade da Constituição e são formas de controle de constitucionalidade que não atingem o texto da lei, e sim suas variantes de sentido, promovem a formação das sentenças interpretativas. A interpretação conforme dá origem à sentença de rechaço, enquanto a arguição de nulidade às sentenças de aceitação ou anulação. As duas modalidades promovem a correção da legislação pelo Judiciário, bem como fazem a adequação do enunciado normativo às circunstâncias fáticas.

23. Em síntese, no caso de decisões que atingem o texto da lei, faz-se necessário suscitar o incidente de inconstitucionalidade, algo que não deve ser aplicado às decisões interpretativas em que é atingida apenas uma das possíveis interpretações da lei, até porque nelas o ato do legislador mantém-se incólume.

24. Constitui tema extremamente problemático a atribuição de efeito vinculante às decisões que aplicam interpretação conforme à Constituição. A ponto de o próprio Tribunal Constitucional Alemão negar efeito vinculante às decisões que aplicam a interpretação conforme, atribuindo efeito vinculante apenas às decisões que consideram inconstitucionais interpretações contrárias à Constituição, que aplicam a arguição de nulidade sem redução de texto.

25. Concluimos pela impossibilidade de se atribuir efeito vinculante às decisões que aplicam a interpretação conforme à Constituição, mormente naquelas provenientes do controle abstrato. A interpretação conforme à Constituição não representa uma decisão de inconstitucionalidade; trata-se de uma interpretação sistemática da legislação realizável por todos os tribunais na medida em que a Constituição é o primeiro vetor hermenêutico na aplicação do direito, o que reforça sua impossibilidade de possuir efeito vinculante. Atribuir efeito vinculante a essas decisões compromete toda a independência do Poder Judicial, porque na prática o Supremo acabaria impondo sua interpretação da lei aos demais Tribunais, algo que, além de violar a independência decisória dos juízes, acarretaria a usurpação de competência do Superior Tribunal de Justiça.

26. Diante do que expusemos, é forçoso reconhecer a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 28 da Lei 9868/99, na parte que atribui efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário às decisões que utilizam a interpretação conforme à Constituição. Essa inconstitucionalidade se apresenta tanto no controle difuso quanto no concentrado.

27. A arguição de nulidade sem redução de texto não realiza nenhum juízo de constitucionalidade sobre o texto legislativo a lei em si. A decisão alcança apenas as normas, ou seja, as interpretações oriundas desses textos, não há uma decisão sobre o texto; assim sendo, mesmo para as correntes que admitem efeito vinculante para as decisões de declaração de constitucionalidade ou de rejeição de inconstitucionalidade, não é possível entender que, declarada a inconstitucionalidade de uma variante interpretativa de um texto legal, automaticamente está se declarando constitucional o texto legal que permitiu o surgimento dessa interpretação.

28. As sentenças aditivas são aquelas nas quais a Corte declara a ilegitimidade constitucional de uma disposição legislativa dada, na parte em que não expressa certa norma, norma essa que deveria estar expressa para ser conforme à Constituição.

29. As sentenças redutoras são aquelas que declaram a inconstitucionalidade de determinada frase, linha, parágrafo ou palavra do texto normativo que seja contrária à Constituição e gera, portanto, um vício de inconstitucionalidade em decorrência de sua redação excessiva e desmedida.

30. As sentenças aditivas propriamente ditas são aquelas que o Tribunal Constitucional adiciona algo ao texto legal incompleto para transformá-lo em plenamente constitucional.

31. A finalidade da sentença aditiva, em sentido estrito, consiste em controlar e integrar as omissões legislativas inconstitucionais, ou seja, mediante o ato de adição, evitar que uma lei crie situações contrárias aos princípios e valores constitucionais.

32. São designadas de substitutivas as sentenças da Corte que declaram a inconstitucionalidade de uma disposição, dada na parte em que expressa determinada norma ao invés de outra. Esta decisão se compõe de duas partes distintas: uma que declara a inconstitucionalidade de um fragmento ou parte da disposição legal impugnada; e outra que a reconstrói, mediante a qual o Tribunal Constitucional introduz um dispositivo normativo novo, cuja construção tem por base os princípios constitucionais violados.

33. As sentenças aditivas e substitutivas constituem a manifestação jurídico-constitucional do novo paradigma hermenêutico que deve fundamentar a interpretação e aplicação do direito (Cap. 1). Elas representam a interpretação não literal da legislação. A existência dessas sentenças evidencia a necessidade de se distinguir texto normativo e norma jurídica. Tais sentenças permitem uma decisão do Judiciário sobre o texto normativo (dispositivo legal), não apenas reinterpretando-o, mas também indicando novas interpretações (normas desse texto) tal como permitem as sentenças interpretativas.

34. A utilização das decisões manipulativas e aditivas tem como limite o objeto cuja adição ou substituição busca corrigir. Este objeto deve restringir-se à

tutela de direitos fundamentais ou à preservação de algum princípio constitucional que o texto normativo sem substituição ou adição é violado.

35. Sempre que a decisão manipulativa não implicar em decisão discricionária, porque, constitucionalmente vinculante, o Tribunal Constitucional pode substituir o Legislativo e ditar a disciplina constitucionalmente compatível em substituição à vigente, considerada inconstitucional de maneira transitória que contenha um mínimo constitucionalmente necessário para discipliná-las. Logo, se é verdadeiro que não é permitido ao Tribunal Constitucional criar Direito, enquanto atividade que suplante a função legislativa, também não lhe é facultado realizar um simples controle de constitucionalidade mas não de correção quando for possível.

36. A admissão do Congresso em processos que podem culminar em sentença manipulativa apenas recrudesce a legitimidade da atuação da Justiça Constitucional nesses processos. Esse ingresso do Legislativo na qualidade de *Amicus curiae* permite um maior debate sobre a incorreção da Lei e sua correção pelo Judiciário. Essa é uma solução processual apta a conferir maior legitimidade às decisões manipulativas.

37. A decisão de inconstitucionalidade com pronúncia de nulidade refere-se às decisões de procedência do mandado de injunção. As decisões que declaram a inconstitucionalidade e pronunciam a normatividade diferenciam-se das sentenças aditivas e substitutivas porque nestas existe um texto legal ao qual será adicionado/substituído o texto proferido pelo STF. Nas decisões que dão provimento ao MI não existe texto normativo, até porque se este existisse o MI perderia seu objeto.

38. O mandado de injunção mesmo o coletivo integra o processo subjetivo de controle de constitucionalidade. O STF, para concessão da decisão de acolhimento deve examinar as particularidades de cada caso concreto até para no afã de corrigir a omissão legislativa usurpar a função do congresso. Assim, a decisão do mandado de injunção coletivo deve ficar limitada à categoria representada pelos respectivos sindicatos e estabeleçam condições específicas

pra o exercício das paralisações, seu efeito deve ser *ultra partes* e não *erga omnes*.

39. Ademais, a modulação de efeitos deve ser admitida a fim de possibilitar a preservação do sistema constitucional. A declaração de desconformidade com a Constituição, com efeitos *ex tunc*, pode gerar situações de inconstitucionalidade mais danosas e graves que a própria inconstitucionalidade contida da lei.

40. Não admitimos a atribuição de nenhum aspecto discricionário à modulação de efeitos pelo Supremo, uma vez que, essa decisão precisará sempre estar fundamentada em regra ou no princípio da segurança jurídica ou da boa-fé objetiva, não admitimos a modulação de efeitos com a invocação tão somente do princípio da proporcionalidade, até porque não haveria parâmetros objetivos para avaliar a correção desse tipo de decisão

41. A segurança jurídica constitui parâmetro constitucional para a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade sempre que os efeitos retroativos possam acarretar lesão aos interesses dos cidadãos que tinham expectativa de terem suas relações jurídicas regulamentadas pela lei revogada.

42. De nossa parte, concluímos que o Supremo não pode praticar exercício de futurologia, a boa-fé objetiva enquanto princípio jurídico possui normatividade, logo deve ser observada nas decisões do STF. Isso implica afirmar que não pode o Pretório Excelso, mormente no que se refere às questões tributárias, modular efeitos porque eventualmente sua decisão poderia acarretar consequências econômicas negativas ao erário.

43. Do mesmo modo que existem determinadas hipóteses em que a modulação é obrigatória para proteger interesse social e garantir os direitos do cidadão, existem situações em que a modulação é vedada porque a decisão de inconstitucionalidade precisa, necessariamente, ter efeitos retroativos a fim de garantir expressamente os direitos dos cidadãos.

44. aplicação das decisões de inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*, deve ser totalmente excepcional, seu uso deve ocorrer apenas quando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade possam acarretar conseqüências extremamente gravosas, um estado de anomia, no qual toda a legalidade fica suspensa, permitindo a manifestação do estado de exceção

45. A súmula vinculante ao contrário dos precedentes norte-americanos, vale pelo seu enunciado genérico e não pelos fundamentos que embasaram determinada decisão de algum Tribunal. No que diz respeito ao modo de sua aplicação, o precedente constitui-se num critério jurídico que serve como problematização e fundamentação para casos análogos, já o teor do verbete sumular tem status de entidade geral e abstrata que dispõe uma disposição de natureza legislativa que para os casos concretos que ela abrange, lhe vão referidos como casos da sua aplicação.

46. A súmula vinculante encerra-se da mesma forma que a legislação em um texto normativo que passa a ter validade após sua publicação. Em contrapartida, os precedentes não são prescrições literais e abstratas no formato legislativo, o precedente deve ser identificado com o caso decidido, para se concluir qual a regra jurídica que foi formulada na Suprema Corte, a delimitação de seu alcance é extremamente conflituosa.

47. A regra de vinculação por precedentes do *stare decisis* não é inexorável, ao contrário da vinculação idealizada pelo EC 45, que permite a cassação de toda a decisão judicial por meio de reclamação ao STF, conforme teor do parágrafo terceiro do art.103 – A da CF, a vinculação proposta é tamanha que da maneira como foi aprovada não permite nenhuma ponderação racional ou ajuste jurisprudencial pelos juízes.

48. A súmula vinculante é instituto análogo ao assento português porque se desvincula dos julgados que o formaram, passa a ter autonomia, vale a súmula por si só, passa a ter vigência sem ligação concreta com os casos que a formularam, se impõe como um texto normativo com autonomia forma para seu conteúdo abstrato a ser aplicado a casos futuros.

49. Resta evidente a natureza de disposição legislativa que possuem as súmulas vinculantes, na medida em que são prescrições literais, a serem aplicadas no futuro, vez que não solucionam um caso concreto mais estabelecem um critério a ser aplicado a todos os demais casos que pela súmula possam ser compreendidos.

50. A institucionalização da súmula vinculante vem na contramão do acesso hermenêutico ao direito, porque esse instituto não tem o propósito de contribuir para a evolução do sistema jurídico, mas ao contrário, aprisioná-lo ao passado. Esse instrumento ainda é refratário à distinção entre texto normativo e norma, e no afã de solucionar os casos ditos idênticos de maneira isonômica, acaba por aplicar o princípio da igualdade de maneira meramente mecânica sem atentar para as particularidades históricas de cada caso concreto, acreditando que a solução deles pode ser realizada por simples subsunção, mediante a qual se aplica um direito pronto, impessoal e a-histórico.

51. A CF103-A § 3.º possui inconstitucionalidade literal. Assim, uma sentença que declare a inconstitucionalidade de uma súmula vinculante para o caso concreto, não pode ser simplesmente cassada pelo STF e reenviada para que outra seja proferida em seu lugar, porque conforme explicitamos, essa prática fere os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, primazia da lei e da independência decisória dos juízes. Assim sendo, essa sentença deve seguir a mesma cadeia recursal da que exercesse o controle difuso de constitucionalidade de uma lei, assim, se for proferida por um juiz de primeiro grau será passível de apelação, e se for o caso à apreciação do incidente de declaração de inconstitucionalidade (CPC 480, esse é o entendimento que se concilia inclusive com a reserva de jurisdição prevista na CF 97.

52. Nos posicionamos contrários às teorias favoráveis à relativização da coisa julgada, porque estas ao negarem a autoridade da coisa julgada, desconsideram o próprio Estado Democrático de Direito, diante da necessidade de não poderem existir sentenças injustas os teóricos da relativização usam esses casos isolados que são exceções no ordenamento para proporem suas teses, ocorre que essas teorias não se coadunam com um regime democrático,

posto que, suspendem a legalidade existente e provocam uma ruptura com a ordem constitucional, na medida em que usam exceções(casos isolados) para justificar a transgressão no sistema, qual seja a relativização da coisa julgada.

53. Do princípio da segurança jurídica derivam a questão da retroatividade das leis, validade dos atos administrativos, auto-sujeição da administração pública aos requisitos da publicidade e à coisa julgada. O que esses aspectos têm em comum é assegurar a função estabilizadora do Estado de direito. A origem de todas essas garantias é a idéia da proteção da confiança.

54. Entendemos que a intangibilidade da coisa julgada existe em decorrência da necessidade de se garantir segurança e certeza ao direito. É justamente a coisa julgada que assegura num grau máximo esses princípios aos litigantes diante do caso concreto. Enquanto não se opera a coisa julgada, existe ainda uma situação de relativa incerteza, logo, uma lei retroativa que incida sobre essa situação não lesará tão gravemente as exigências do ordenamento, como lesaria se ultrapassasse os casos julgados.

55. Utilizar o conceito de sentença inexistente para embasar a aplicabilidade do CPC 475-L § 1.º e 741 par. ún. carece de maior embasamento jurídico, isso porque um título judicial transitado em julgado que possibilita a instauração de um processo executório com todos os atos inclusive o pagamento não pode, simplesmente ser considerado ato inexistente, até porque não seria crível asseverar que o sentença transitada em julgado seria inexistente e o processo executório oriundo dela seria nulo. Logo, essa teorização, ainda que com fundamentação distinta, implica em relativização da coisa julgada.

56. Afirmamos que apenas os provimentos com efeito, *erga omnes* e efeito vinculante [logo, apenas os provenientes do controle concentrado de constitucionalidade] permitem a aplicação do CPC 475-L § 1.º e 741 par. ún. Entendemos que a incidência desses dispositivos apenas pode ser aplicada em decisões provenientes do controle concentrado que declaram a inconstitucionalidade de determinada lei (ou mediante aplicação da CF 52 X), desde que não tenham tido seus efeitos modulados *pro futuro*, não se incluindo a

decisão denegatória oriunda de ADC, afinal somos contrário à atribuição de caráter dúplice às ações constitucionais. Ressalvando que sempre o transito em julgado deverá ser posterior à decisão de inconstitucionalidade ou à Resolução do Senado.

Bibliografia consultada.

ABBOUD, Georges. Súmula vinculante *versus* precedentes: notas para evitar alguns enganos, in: *Revista de Processo*, n. 165.

_____. Da (im)possibilidade de relativização da coisa julgada inconstitucional, in: *Revista de Direito Privado*. n.23, julho/setembro, 2005.

_____. Rafael de Oliveira. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual, in: *Revista de Processo*, n. 161, 2008.

ADORNO, Theodor e Max HORKHEIMER. *Dialética do esclarecimento*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXANDRE, Isabel. O caso julgado na jurisprudência constitucional portuguesa, in: *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, v. I, Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

ALEXY, Robert. *Teoria de la argumentación jurídica*, Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: CEC, 1989.

_____. Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializad, in: *RT* n. 809.

ALVIM, Thereza. O cabimento de embargos ou impugnação ante a sentença contrária à Constituição (arts. 741, parágrafo único, e 475-L, do CPC): hipótese de flexibilização ou inexistência da coisa julgada?, in: *Os poderes do juiz e o controle das decisoes judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. O conteúdo das decisões judiciais como fator determinante para sua classificação e para a indicação dos recursos cabíveis, In: *RePro*. n. 162, 2008.

ANGELONE, Marco. Sentenze additive della Corte costituzionale e interpretazione adeguatrice, in: *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale a cura di Pasquale Femia*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

ANZON, Adele. La motivazione delle decisioni della Corte Suprema statunitense (struttura e stile), In: *La motivazione delle decisioni della corte costituzionale a cura di Antonio Ruggeri*. Torino: G. Giappichelli Ed., 1993.

ARAÚJO DE OLIVEIRA, Manfredo. *Reviravolta Lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. 2 ed. São Paulo, Loyola, 2001.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito Introdução e Teoria Geral*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ASSIS, Araken. *Manual dos Recursos Cíveis*. 2.ed. SP: RT, 2008.

_____. Eficácia da coisa julgada inconstitucional". *Revista Dialética de Direito Processual*, n.4.

_____. *Manual da execução*, 11.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ÁVILA, Humberto. Repensando o 'Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular, in: *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BACHOF, Otto. *Jueces y Constitucion*, Madrid: Editorial Civitas, 1959.

BACHOF, Otto. Hans J. Wolff; Rolf Strober. *Direito Administrativo*. v. 1, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. In: *Ajuris*. Porto Alegre, n. 29.

_____. Recurso Especial por violação de princípio jurídico, in: *Revista dos Tribunais*, n. 738, pp.100/111.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada, In: *Direito Processual Civil (Ensaios e Pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil, in: *Temas de Direito Processual*. 1ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Mandado de Injunção, in: *Revista de Processo*, n. 56, 1990.

_____. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito*, in *Temas de Direito Processual Civil segunda série*, São Paulo: Saraiva, 1980.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BENAYAS, Carlos De La Vega. *Introducción al Derecho Judicial*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1970.

BERMAN, Harold J. *Law and Revolution*. The Formation of the Western Legal Tradition. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 1983.

BERNARDES, Juliano Taveira. Efeito vinculante das decisões do controle abstrato de constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes?, In: Marcelo Novelino (org.). *Leituras complementares de direito constitucional*. 2.ed. Salvador: Jus Podium, 2008.

BIDART, Adolfo Gelsi. Bases positivas para la noción de cosa juzgada, in: *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture*. Montevideo: Facultad de Derecho, 1957.

BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*, 2.ed., t.I. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

_____. *Justiça Constitucional*. t. II. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

BLASCO SOTO, M^a del Carmen. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial: A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Jurisdição Constitucional e Legitimidade. *Estudos Avançados*, v. 18, n. 51, maio/agosto, 2004.

BOTELHO DE MESQUISA, José Ignácio. O desmantelamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, in: *Revista do Advogado*, n. 67, 2002.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; Gilmar Mendes; Inocêncio Mártires Coelho. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRITO, Mário de. Ainda sobre as decisões interpretativas do Tribunal Constitucional, In: *Estudos em Homenagem à professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Coimbra: Almedina, 2002.

CABRAL DE MONCADA, Luis. *Lições de Direito Civil: parte geral*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid: Tecnos, 1997.

CALMON DE PASSOS, J.J. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal, In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Ano II, n° 7, Set-Out de 2000, pp. 5-15.

_____. A Crise do Judiciário e as Reformas Instrumentais: Avanços e Retrocessos, In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Ano III, n° 15, Jan-Fev de 2002, pp. 5-15.

CAMBI, Eduardo. Notas sobre questões recursais envolvendo a aplicação do art.285-A do CPC, In: Nelson Nery Junior; Teresa Arruda Alvim Wambier (orgs). *Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis*, v. 11., São Paulo: RT, 2007.

CAMPOS, Francisco. *Direito civil*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CANAS, Vitalino. *Os processos de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade pelo Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1986.

_____. O Tribunal Constitucional: órgão de garantia da segurança jurídica, In: *Estudos em homenagem ao prof. Dr. Armando M. Marques Guedes*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

_____. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, Lisboa: Cognition, 1984.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. Omissões normativas e deveres de proteção, in: *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. v.II, Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

_____. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos – o direito à emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas, in: Sálvio de Figueiredo Teixeira (org.). *As garantias do cidadão na justiça*, São Paulo: Saraiva, 1993.

CARDOSO DA COSTA, José Manuel. A Justiça Constitucional no quadro das funções do Estado vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre e constitucionalidade das normas jurídicas, in: *Justiça Constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas*, Lisboa, 1987.

CARIAS, Allan R. Brewer. *Estado de Derecho e control judicial. Justicia constitucional, contencioso-administrativo y derecho de amparo*. Madrid: Instituto Nacional de Administracion Publica, 1987.

CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais- competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – Questões conexas, In: *Efeito 'ex nunc' e as decisões do STJ*. São Paulo: Manole, 2008.

CARROZZA, Paolo. Spunti comparatistici in tema di motivazione delle sentenze costituzionali (tra judicial review of legislation e constitucional adjudication, In: *La motivazione delle decisioni della corte costituzionale a cura di Antonio Ruggeri*. Torino: G. Giappichelli Ed., 1993.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra, 1983.

_____. *Curso de Introdução Ao Estudo do Direito*. Coimbra: Sebenta, 1976.

_____. *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. *O Problema da Constitucionalidade dos Assentos: comentário ao Acórdão n.º 810/93 do Tribunal Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol I. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

COELHO, Inocêncio Mártires, Gilmar Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no regime democrático, in: *Estudos Avançados*, v. 18, n. 51, maio/agosto, 2004.

DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y sociedad democrática, in: *Constitución, Estado de lãs Autonomías y Justicia Constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

DIAZ, Pedro. *Cosa Juzgada*, 2.ed. Montevideo: Jerónimo Sureda Editor, 1927.

DIEZ-PICAZO, Luis e Angel Latorre SEGURA. La Justicia Constitucional en El cuadro de lãs funciones del Estado, in: *Justiça Constitucional e espécies*,

conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas, Lisboa, 1987.

DIDIER JR, Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro. In: *Leituras complementares de direito constitucional*. Marcelo Novelino (org.). 2.ed. Salvador: Podium Ed., 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Relativizar a coisa julgada material, in: *Revista de Processo*, n.109. São Paulo: RT, 2003.

_____. Reflexões sobre direito e processo. In: *RT*, n. 432, 1971.

_____. Súmulas Vinculantes, in: *Revista Forense*, n. 434, julho/setembro, 1999.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EDDEY, Keith. *The English Legal System*, 3.ed. Londres: Sweet & maxwell, 1982.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. Las sentencias interpretativas o “manipulativas” y su utilización por El Tribunal Constitucional Peruano, in: *Estudios em homenagem a Héctor Fix-Zamudio*, t. V, Juez y Sentencia constitucional, Mexico: Marcial Pons, 2008.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial Del derecho privado*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1961.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *La hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones Universidad de Valladolid, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho, in: Miguel Carbonell (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial, *in: Efeito 'ex nunc' e as decisões do STJ*, In: *Efeito 'ex nunc' e as decisões do STJ*. São Paulo: Manole, 2008.

FERRER MACGREGOR, Eduardo. *Derecho Procesal Constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 2008.

FIGAL, Günter. Günter Figal. *Oposicionalidade: o elemento hermenêutico e a filosofia*. Petrópolis: Vozes, 2007.

FINE, Toni M. Fine. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. *RT* 782, 2002.

FLEINER, Thomas. Alexander Misic; Nicole Töpferwien. *Swiss Constitutional Law*. Amsterdam: Kluwer Law International, 2005.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método. Traços Fundamentais de Uma Hermenêutica Filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

_____. *Verdade e Método II*. Tradução de Enio Paulo Giachini. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2004

_____. *Hermenêutica em Retrospectiva*. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 2007.

_____. *Hermenêutica em retrospectiva. A virada hermenêutica*. t. II. 2.ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

GARCÍA HERRERA, Miguel Angel. Poder judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional, in: Perfecto Andrés Ibáñez (org.). *Corrupción y Estado de Derecho – El papel de la jurisdicción*. Madrid: Editorial Trotta, 1996.

GERA, Renata Coelho Padilha. *A natureza e os efeitos da inconstitucionalidade*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 135.

GOLDSHIMIDT, James. *Teoria Geral do Processo*. Leme: Fórum Editora, 2006.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Derecho Procesal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1980.

_____. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, 5.ed., Madrid: Editorial Aranzadi, 2009.

GOYARD, Claude. Sobre la separación de lo político y lo constitucional, In: *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al professor Allan R. Brewer Carías*. t. I, Madrid: Civitas, 2003.

GUASTINI, Riccardo. Disposizione vs. Norma, In: *Studi in Memoria di Giovanni Tarello*. v. II. Milano: Giuffrè, 1990.

_____. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (org.). 2 ed. Madrid: Trotta, 2005.

GUILLÉN, Victor Fairrén. *Doctrina General del Derecho Procesal*. Barcelona: Bosch, 1990.

GUIMARÃES ROSA, João. *Grande Sertão: Veredas*. São Paulo: Nova Fronteira. Edição comemorativa.

HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Buenos Aires: Editorial Ástreal de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007.

_____. *La verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*. Milano: Giuffrè Editore, 2000.

_____. El recurso de amparo en el sistema Germano-Federal, In: *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica*. Garcia Belaunde; Fernandez Segado (orgs.). Madrid: Dykinson, 1997.

_____. *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Dykinson, S. L., 2003.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

HECK, Luis Afonso. *Jurisdição Constitucional e legislação pertinente no direito comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

HEIDEGGER, Martin. *Ser y Tiempo*. Tradução de Jorge Eduardo Rivera. Madrid: Trotta, 2003.

_____. *Los Problemas Fundamentales de la Fenomenología*. Tradução de Juan José García Norro. Madrid: Trotta, 2000.

_____. Sobre a essência do fundamento. In: *Conferências e escritos filosóficos*. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. Cosa juzgada y control de constitucionalidad, in: *Estudios em homenagem a Héctor Fix-Zamudio*, t. V, Juez y Sentencia constitucional, Mexico: Marcial Pons, 2008.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOECKE, Mark Van. El uso de principios jurídicos no escritos por los tribunales, in: *DOXA*, n. 19, 1996.

INWOOD, Michel. *Heidegger*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 2004.

JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

JHERING, Rudolf Von. *A Evolução do Direito*. 2.ed. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1956.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KAUPER, Paul G. Judicial review of constitutional issues in the United States, In: *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*. Hermann Mosler (org.), Berlim: Carl Heymanns Verlag, 1962.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 8.ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LAMEGO, José. *Hermenêutica e Jurisprudência*. Análise de uma Recepção. Lisboa: Fragmentos, 1990.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LIEBMAN, Enrico Túlio. *Efficacia Ed autorità della sentenza (Ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. Milano: Giuffrè, 1962.

_____. Legge e interpretazione nel giudizio di legittimità costituzionale, in: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, 1966.

_____. *Manuale di diritto processuale civile*, t. I, Milano: Giuffrè Editore, 1980.

_____. *Do arbítrio à razão reflexões sobre a motivação da sentença*, in: *Revista de Processo*, n.º 29, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1983.

LÚCIO BITTENCOURT, Carlos Alberto. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada, efeitos da sentença, 'coisa julgada inconstitucional' e embargos à execução do artigo 741, parágrafo único. *Revista do Advogado*, ano XXV, n. 84, dezembro, 2005.

LUTHER, Jörg. La motivazione delle sentenze costituzionali in Germania, In: *La motivazione delle decisioni della corte costituzionale a cura di Antonio Ruggeri*. Torino: G. Giappichelli Ed., 1993.

MACGREGOR, Eduardo Ferrer. *Derecho Procesal Constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*, 3.ed., São Paulo: RT, 2007.

_____. Questões controvertidas sobre a súmula vinculante, in: *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. José Miguel Garcia Medina, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, Luís Otávio Sequeira de Cerqueira, Luiz Manoel Gomes Junior. São Paulo: RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Coisa julgada inconstitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Ives Gandra; Gilmar Ferreira Mendes. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad: história del constitucionalismo moderno*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

MAUNZ, Theodor. *Bundesverfassungsgesetz*. München: C. H. Beck, 1987.

MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. 2.ed. t. I. Parte General. Buenos Aires: Depalma, 1982.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Ed., 1999.

_____. *Ensaio sobre a responsabilidade civil do estado por actos legislativos*. Coimbra: Almedina, 1992.

_____. A força expansiva do conceito de norma no sistema português de fiscalização concentrada de constitucionalidade, In: *Derecho Constitucional para el Siglo XXI*, Tomo II, Javier Pérez Royo e outros, Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Ives Gandra da Silva Martins. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Ação civil pública e controle de constitucionalidade, In: *Aspectos polêmicos da ação civil pública*. Arnoldo Wald (org.). São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. A Declaração de nulidade sem a pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no Direito brasileiro, In: *As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo*. Ives Gandra da Silva Martins (org.). São Paulo: América Jurídica, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3.ed. t. II, Coimbra: Coimbra Ed., 1996.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. O Tribunal Constitucional Português, in: *Renouveau Du droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 2007.

_____. Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade, in: *Estudos em homenagem ao prof. Dr. Inocêncio Galvão Telles*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

_____. A Constituição e a responsabilidade civil do Estado, in: *Estudos em homenagem ao prof. Dr. Rogério Soares*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

MISIC, Alexander. Thomas Fleiner; Nicole Töpferwien. *Swiss Constitutional Law*. Amsterdam: Kluwer Law International, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Direito Linguagem e Violência: elementos de uma teoria constitucional*. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

_____. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *O novo paradigma do direito*. São Paulo: RT, 2007.

_____. Medidas Provisórias no Brasil e a experiência alemã, in: *Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, Eros Roberto Grau, Willis Santiago Guerra Filho (org.). São Paulo: Malheiros, 2001.

MÜLLER, Peter Alexander. A justiça constitucional no quadro das funções do Estado, in: *Justiça Constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas*, Lisboa, 1987.

NERY FERRARI, Regina Macedo. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5.ed. São Paulo: RT, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Boa-fé objetiva e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior, In: *Efeito 'ex nunc' e as decisões do STJ*. São Paulo: Manole, 2008.

_____. Conceito sistemático de sentença: considerações sobre a modificação do CPC 162, § 1, que não alterou o conceito de sentença, in: *Estudos em homenagem a Humberto Theodoro Junior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. O juiz natural no direito processual comunitário europeu, in: *Revista de Processo*, n. 101.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY Rosa M. A. Nery. *Código de processo civil comentado*. 10.ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Constituição Federal comentada*. 2.ed. São Paulo: RT, 2009.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Georges Abboud. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual, in: *Revista de Processo*, n. 161, 2008.

OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.

PÉREZ, Jesús González. *Derecho Procesal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1980.

PESTANA DE AGUIAR, João Carlos. A súmula vinculante como um retrocesso perante a histórica evolução da jurisprudência, in: *Revista dos Tribunais*, n. 773.

POHLE, Albrecht. *Die Verfassungswidrigerklärung Von Gesetzen: eine Untersuchung der Voraussetzungen und Folgen des Verzichts auf die gesetzestechnisch mögliche Nichtigerklärung durch das Bundesverfassungsgericht*, Frankfurt: Peter Lang, 1979.

PRADILLO, Juan Carlos Ortiz; Álvaro J. Pérez Ragone. *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*. Montevideú: Konrad-Adenauer, 2006.

QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade, in: Virgilio Afonso da Silva (org.). *Interpretação constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2005.

RAGONE, Álvaro J. Pérez; Juan Carlos Ortiz Pradillo. *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*. Montevideú: Konrad-Adenauer, 2006.

RIGANO, Francesco. L'obbligo di motivazione, In: *La motivazione delle decisioni della corte costituzionale a cura di Antonio Ruggeri*. Torino: G. Giappichelli Ed., 1993.

RODRIGUEZ-PATRÓN, Patricia. *La Autonomía Procesal Del Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas, 2003.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. t. I; t. II e t. III, tradução de Angela Romera Vera, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1955.

SANTO, Victor. *Diccionario de Derecho Procesal*. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Universidade, 1995.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, Madrid: Alianza Editorial, 1982.

_____. *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996.

SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Bosch, 1950.

SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa America, 1968.

_____. Divisão de funções e o juiz natural, In: *RePro* 48, 1987.

SEGADO, Francisco Fernandez. La jurisdicción constitucional en España. In: *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica*. Garcia Belaunde; Fernandez Segado (orgs.). Madrid: Dykinson, 1997.

SEGURA, Angel Latorre e Luis DIEZ-PICAZO. La Justicia Constitucional en El cuadro de las funciones del Estado, in: *Justiça Constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas*, Lisboa, 1987.

SERRA RAD, María Mercedes. *Procesos y recursos constitucionales*. Buenos Aires: Depalma, 1992.

SHIMURA, Sérgio. *Tutela Coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método Editora, 2006.

SIMON, Helmut. La jurisdicción constitucional. In: *Manual de derecho constitucional*. Benda, Maihofer, Vogel, Hesse e Heyde. Madrid: Marcial Pons, 1996.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis n.º 9.868 e 9.882/99, in: Daniel SARMENTO (org.), *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SODERO, Eduardo. Sobre el cambio de los precedentes, in: *Isonomia*, n. 21, octubre, 2004.

SOSA, Edgar Corzo. *La cuestión de inconstitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência. Uma Introdução à Filosofia*. Porto Alegre: LP&M, 1988.

_____. *Diferença e Metafísica. Ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

_____. *História e Ideologia*. Porto Alegre: Movimento, 1989.

_____. *Exercícios de Fenomenologia: Limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004

_____. *Pensar é Pensar a Diferença. A Filosofia e o conhecimento Empírico*. Ijuí: Editora Unijuí, 2002.

_____. *Melancolia: ensaios sobre a finitude no pensamento ocidental*. Porto Alegre: Editora Movimento, 1976.

STERN, Klaus. *Jurisdicción constitucional e legislador*, Madrid: Dykinson, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 3.ed., Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 8 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova Crítica do Direito*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. O Efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica, in: *Constituição e Democracia. Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Canotilho*. Paulo Bonavides; Francisco Gerson Marques de Lima; Faya Silveira Bedê (orgs.). São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função*, 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STROBER, Rolf; Hans J. Wolff; Otto Bachof. *Direito Administrativo*. v. 1, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art.741, par. ún.), in: *Revista de Processo*, n.106, 2002.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*, Padova: Cedam, 1975.

_____. Racionalidad y crisis de la ley procesal, in: *DOXA*, n.22, 1999.

TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante*, 2.ed. São Paulo: Editora Método, 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 39.ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TÖPPERWIEN, Nicole. Thomas Fleiner; Alexander Misic. *Swiss Constitutional Law*. Amsterdam: Kluwer Law International, 2005.

TREMPS, Pablo Pérez. *Tribunal Constitucional e Poder Judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3.ed. New York: Foundation Press, 2000.

_____. The curvature of constitutional space: what lawyers can learn from modern physics, in: *Harvard Law Review*, n. 103, 1989.

_____. Constitutional calculus: equal justice or economic efficiency?, in: *Harvard Law Review*, n. 98, 1985.

TROCKER, Nicolo. La cosa juzgada civil y sus limites objetivos e subjetivos: apuntes de derecho comparado. In: *Estudios de Derecho Procesal em honor de Victor Fairrén Guillén*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990.

VARGAS, Jorge de Oliveira. O novo conceito de sentença e o recurso daquela que não extingue o processo: apelação ou agravo de instrumento?, In: Nelson Nery Junior; Teresa Arruda Alvim Wambier (orgs.). *Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis*, v. 11., São Paulo: RT, 2007.

VELLOSO, Carlos Mário. A nova feição do mandado de injunção, in: *Revista de Direito Público*, n. 100, 1991.

_____. Poder Judiciário: controle externo e súmula vinculante, in: *Revista do Advogado*. n. 75, abril, 2004.

VERDU, Pablo Lucas. *Curso de Derecho Político*. v. II, 3.ed., Madrid: Tecnos, 1981.

VILLALÓN, Pedro Cruz. in: *Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia Constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

WAGNER JR, Luiz Guilherme da Costa. O novo conceito de sentença e os reflexos na escolha dos meios de impugnação cabíveis diante dos pronunciamentos

judiciais: a aplicação do princípio da fungibilidade, In: Nelson Nery Junior; Teresa Arruda Alvim Wambier (orgs.). *Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis*, v. 11., São Paulo: RT, 2007.

WOLFF, Hans J; Otto Bachof; Rolf Strober. *Direito Administrativo*. v. 1, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas, 1985.

ZANETI JR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001.

ZEIDLER, Wolfgang. A justiça constitucional no quadro das funções do Estado, in: *Justiça Constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas*, Lisboa, 1987.

ZENHA MARTINS, João. Interpretação conforme com a Constituição In: *Estudos em homenagem a Inocêncio Galvão Telles*. v. V, Coimbra: Almedina, 2003.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)